

البنائية

في شرح الهداية

لأبي محمد محمود بن أحمد العيني

المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البنائية للعيني تحته ثم تعليقات المولوي محمد عمر مفصلاً بينها بخط.

الجزء العاشر

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

المكاتب : البناية المركزية - هانف : ٤٤٤٧٣٩ - ص ب : ١١/٧٠٦١
٨٣٨٢-٢
٨٣٧٨٩٨ | ٣٩-٦٦٣ : هانف : شارع عبدالنور - هانف :
برقيا : فكسي - تلکس : ٤١٣٩٢ فکر FIKR 41392 LE

بيروت
لبنان



قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها

دار الفكر ببيروت

وجميع الحقوق محفوظة لها

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المساهمون في إخراج هذا الكتاب -
مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الولاء

قال الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح ، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له

(كتاب الولاء)

أورده عقيب المكاتب ، لانه من آثار زوال ملك الرقبة قبل الاعتاق أيضاً زوال ملك الرقبة ، فكان ينبغي أن يذكر عقبيه . أوجب بأن فيه أثراً من آثار المكاتب وهو المرجح لا يراده ما هنا دون عقيب الاعتاق ، ثم الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة ، إلا أنه اختص في الشرع مولى العتق والموالة ، واشتقاقه من الولي وهو القرب ، وحصل الثاني بعد الاول من غير فصل . وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل .

(قال) أي المصنف « رح » (الولاء نوعان ولاء عتاقة) أي أحدهما ولا عتاقة ، وتنوع الولاء إلى نوعين باختلاف السبب (ويسمى) أي ولاء العتاقة (ولاء نعمة) اقتداء بكتاب الله تعالى ﴿ واذ تقول للذي انعم الله عليه وأنعمت عليه ﴾ ٣٧ الاحزاب أي انعم الله عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق ، والآية في زيد بن حارثة مولى رسول الله ﷺ .

(وسببه) أي سبب ولاء العتاقة (العتق على ملكه في الصحيح) احتراز بالصحيح عن قول أكثر أصحابنا حيث قالوا أن سببه الاعتاق مستلدين بقوله ﷺ الولاء لمن أعتق وجه الصحيح ما أشار اليه بقوله (حتى لو عتق قريبه عليه) أي على الشخص (بالوراثة) بأن ورث ابنه وأباه (كان الولاء له) أي للذي ورثه ولا اعتاق هنا ، فعمل أن السبب هو العتق والحكم يضاف إلى سببه يقال ولاء العتاقة ، ولا يقال ولاء العتاق . وقال الأتزازي استدلالهم بقوله ﷺ الولاء لمن أعتق ضعيف ، فان من يملك القريب يعتق عليه ويثبت

وولاء الموالاة ، وسببه العقد، ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة ، والحكم يضاف إلى سببه والمعنى فيهما التناصر ، وكانت العرب تتناصر بأشياء . وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه ، فقال إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم

الولاء بإجماع أهل العلم وفيه نظر ، لان عندهم اذا ملك قريبه يعتق عليه ولا يثبت الولاء لعدم الاعتاق ، نص عليه تاج الشريعة وغيره ، فكيف يقول ويثبت الولاء بإجماع أهل العلم . والأوجه أن يقال جعل العتق سبباً أولى لعمومه بخلاف الاعتاق ، ولأن في الاعتاق عتقاً بدون عكس ، والإستدلال بما فيه العموم أولى .

(وولاء الموالاة) أي النوع الثاني ولاء موالاة ، وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى (وسببه) ولاء الموالاة (العقد ، ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة) . بإضافة الولاء إلى العتاقة والموالاة (والحكم يضاف إلى سببه) كما عرف في الأصول (والمعنى فيهما التناصر) هذا بيان مفهومها الشرعي ، أراد أن الولاء في الشرع عبارة عن التناصر ، سواء كان ذلك ولاء عتاقة أو ولاء موالاة ومن آثار التناصر العقد والإرث ، ثم أشار إلى بيان ذلك بقوله (وقد كانت العرب تتناصر بأشياء) بالقرابة والصداقة والمؤاخاة والحلف والعصبة وولاء العتاقة ولاء الموالاة .

(وقرر رسول الله ﷺ تناصرهم بالولاء بنوعيه) وما ولاء العتاقة وولاء الموالاة ، ثم فسر ذلك بقوله (فقال ﷺ ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم) هذا الحديث رواه أربعة من الصحابة رضي الله عنهم الأول رفاعة بن درقي روى حديثه أحمد في مسنده وابن أبي شبة في مصنفه في كتاب الأدب حدثنا وكيع عن سفيان عن عبد الله بن أبي عثمان بن هيثم عن اسماعيل بن عبد الله بن رفاعة أي رافع الرزقي عن جده قال قال رسول الله ﷺ مولى القوم منهم وابن اختهم منهم وحليفهم منهم ومن طريق ابن أبي شبة رواه الطبراني في معجمه ورواه الحاكم في المستدرک في تفسير سورة الأنفال ، وقال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه .

ورواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب (١) ثنا عمرو بن خالد الحراني ثنا
زهير ثنا عبد الله بن عثمان به ، وذكر فيه قصة ولفظه أن النبي ﷺ قال لعمر أجمع في
قومك فجمعهم فلما حضروا باب النبي ﷺ دخل عليه عمر رضي الله عنه فقال قد جمعت
لك قومي فسمع ذلك الأنصار فقالوا قد نزل في قريش الوحي فجاء المستمع والناظر ما
يقال لهم فخرج النبي ﷺ فقام بين أظهرهم فقال هل فيكم من غيركم ، قالوا نعم فينا
حليفنا وابن أخينا وموالينا فقال النبي ﷺ حليف القوم ... إلى آخره ، ورواه أحمد
أيضاً حدثنا عفان حدثنا بشر بن المفضل حدثنا عبد الله بن عثمان بن هشيم به .

الثاني أبو هريرة رضي الله عنه روى حديثه البزار في مسنده حدثنا زريق بن البخت
حدثنا محمد بن عمر بن واقل عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة رضي الله
عنه عن النبي ﷺ قال حليف القوم منهم وابن أخيه منهم .

الثالث عمرو بن عوف روى حديثه الدارمي وابن أبي شيبه واسحاق بن راهوية في
مسانيدهم والطبراني في معجمه من حديث كثير بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده عمرو بن
عوف أن رسول الله ﷺ كان قاعداً معهم فدخل بينهم ثم قال ادخلوا علي ولا يدخل علي
إلا قرشي قال فتسللت فدخلت فقال ﷺ يا معشر قريش هل معكم أحد ليس منكم ،
قالوا يا رسول الله ﷺ معنا ابن الأخت والمولى والحليف فقال رسول الله ﷺ ابن أخت
القوم منهم وحليفهم منهم ومولاهم منهم ومن طريق ابن أبي شيبه رواه إبراهيم الحربي في
كتاب غريب الحديث ،

الرابع عتبة بن غزوان روى حديثه الطبراني في معجمه ثنا الحسن بن علي العمر
ثنا عبد الملك بن بشير الشامي ثنا عمر أبو حفص ثنا عتبة غزوان عن أبيه ابن
غزوان أن رسول الله ﷺ قال يوماً لقريش هل فيكم من ليس منكم ، قالوا ابن أخينا
عتبة بن غزوان قال ابن أخت القوم منهم ، وحليف القوم منهم رواه ابن سعد في الطبقات
أخبرنا محمد بن عمر الواقدي حدثنا إبراهيم بن محمد بن شرحبيل العبدي عن عتبة بن غزوان

(١) أظن أنه قصد الأدب المفرد ، اهـ مصححه .

والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يوكدون الموالاة بالحلف .
قال وإذا أعتق المولى مملوكه فولأه له لقوله عليه السلام الولاء لمن
أعتق ، ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياء

فذكره ، فهذه الأحاديث ترد على أبي الحسن بن الفر حيث يقول في كتابه البيضة على
مشكلات الهداية الثابت مولى القوم منهم ، وأما قوله وحليف القوم منهم فلا يعرف في
كتب الحديث هذه الزيادة .

(والمراد بالحليف مولى الموالاة) ولقائل أن يقول (لأنهم كانوا يوكدون الموالاة
بالحلف) أي المراد بقوله عليه السلام وحليفهم هو مولى الموالاة ، ولقائل أن يقول لا نسلم أن
يكون المراد بالحليف مولى الموالاة ومن أين علم أنهم كانوا يوكدون الموالاة بالحلف ، بل
الحلف أنهم كانوا يتحالفون على أن يكونوا يداً واحدة على من عاداهم وخالفهم ولا يفهم
من ذلك عقد الموالاة .

(قال) أي القدوري (وإذا أعتق المولى مملوكه فولأه له لقوله عليه السلام الولاء لمن
أعتق) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن عائشة رضي الله عنها لما اشترط لبريرة
اشترط أهلها أن ولأها لهم فسألت عائشة رضي الله عنها النبي ﷺ فقال أعتقها فانما
المولى لمن أعتق ، أخرجه البخاري في المكاتب ، ومسلم وأبو داود في العتق والترمذي في
الولاء ، والنسائي وابن ماجه في الأحكام ، وأخرجه أيضاً مسلم عن أبي صالح عن أبي
هريرة قال أرادت عائشة رضي الله عنها أن تشتري جارية تمتقها فأبى أهلها إلا أن يكون
لهم الولاء ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال لا ينمك ذلك ، فانما الولاء لمن أعتق .

وقال عبد الحق في الجمع بين الصحيحين وأخرجه البخاري من حديث ابن عمر في المكاتب
وفي الفرائض ، وجه الاستدلال بهذا الحديث أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن
المشتق منه علة لذلك . فان قلت الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً ،
لأن أعتق مشتق من الإعتاق . قلت الأصل في الإشتقاق مصدر الثلاثي وهو العتق .

(ولأن التناصر به) أي بسبب الإعتاق ، أي يحصل بسببه (فيعقله) أي إذا كان
المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق فيعقله ، لأنه إذا غم بنصره بغير عقله (وقد أحياء

معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاء ، ولأن الغنم بالغرم ،
وكذلك المرأة تعتق لما رويناه ومات معتق لابنة حمزة « رض » وعن
بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين

معنى (أي وقد أحيا المولى مولاه من حيث المولى (بإزالة الرق عنه) الذي هو جزء
الكفر الأصلي والكفر موت والرقيق مالك حكماً ، ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير
من الأحكام التي تعلقت بالإحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى
العيدين وأشباه ذلك ، وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه ، فكان إحياء معنى ، ومن
أحيا غيره معنى (فيرثه) كالوالد (ويصير الولاء كالولاء) فالولاء يوجب الإرث
فكذلك الولاء .

فان قلت ينبغي أن يرث المعتق من المعتق أيضاً إذا لم يترك المعتق عصابة نسبية كما
هو قول الحسن بن زياد . قلت المعتق أجنبي منه وقد جاء في المعتق نص بخلاف القياس
فلا يقاس عليه غيره ، وذكر الامام سراج الدين في شرح الفرائض السراجي أن المعتق لا
يرث من المعتق عند العامة . وقال اسحاق بن راهويه والحسن بن زياد وبشر المريسي
يرث لما روي أن رجلاً مات على عهد رسول الله ﷺ ولم يكن له وارث إلا عبداً كان
أعتقه فدفع النبي ﷺ ميراثه إليه ، والصحيح قول العامة ، لأن ذلك الحديث غير
صحيح ، ولئن صح فهو منسوخ بقوله ﷺ الولاء لمن أعتق ، وكذلك معارض بقول علي
وزيد بن ثابت رضي الله عنها حيث قال لا ميراث للمعتق .

(ولأن الغنم بالغرم) أي لأن الغنمية بأن الغرامة وهذا يخدم الوجهين فلذلك أخره
(وكذا المرأة تعتق) أي وكذا حكم المرأة التي تعتق ، يعني ولا معتقها لها . وقوله
تعتق جملة وقعت حالاً وليست بصفة لأنها نكرة فلا تقع صفة لمعرفة (لما رويناه) وهو
قوله ﷺ الولاء لمن أعتق ، وكلمة من عامة تتناول الذكور والإناث (ومات معتق لابنة
حمزة رضي الله عنها) وعن بنت فجعل النبي ﷺ المال بينهما نصفين (هذا معطوف على
قوله لما رويناه معنى ذكره استدلالاً على ثبوت الولاء للمرأة وجميع الشراح سكتوا عن
بيان أصل هذا الحديث وعن بيان اسم ابنة حمزة هذا ، وعن بيان حكمه في الصحة فنقول

وبالله التوفيق هذا الحديث أخرجه النسائي وابن ماجة في سننها في الفرائض عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم بن عتيبة عن عبد الله بن شداد عن ابنة حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنه قالت مات موالي وترك ابنه له فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته فجعل لي النصف ولها النصف .

ثم أخرجه النسائي عن عبد الله بن عون عن الحكم بن عتيبة عن عبد الله بن شداد أن ابنة حمزة أعتقت مملوكاً لها فمات وترك ابنته ومولاته ... الحديث ، قال وهذا أولى بالصواب من حديث ابن أبي ليلى وابن أبي ليلى كثير الخطأ .

وروى الدارقطني في سننه في الفرائض عن سليمان بن داود حدثنا يزيد بن زريع ثنا سعيد عن قتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس رضي الله عنه أن مولى لحمزة توفي وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف ولابنة حمزة النصف ، انتهى . ففي هذا الحديث السابق أن المولى لابنته وانها التي أعتقته ، ولكن ضعيف فقد قال صاحب التنقيح وسليمان بن داود هذا هو الشأن كوفي وقد ضعفوه وكذبه ابن معين وغيره ، وقال أبو حاتم متروك الحديث . وقال البخاري هو عندي أضعف من كل ضعيف ، وأما إسم ابنة حمزة هذا فهو امامة صرح به الحكم في المستدرک فرواه في كتاب الفضائل عن ابن أبي ليلى عن الحكم بن عبد الله بن شداد وهو أخو امامة بنت حمزة لأنها عن أخته امامة بنت حمزة بن عبد المطلب فذكره بلفظ النساء وسكت عنه ، هكذا وقع فيه إسمها امامة ، قال ابن الأثير وهو الصحيح .

وقال ابن عساكر في أطرافه لم تكن ابنة حمزة هذه امامة ، فلا أدري من هي ، انتهى . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حسين الجعفي عن زائدة عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم بن عبد الله بن شداد عن فاطمة بن حمزة بن عبد المطلب قالت مات مولى لي وترك ابنة فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته فجعل لي النصف ولها النصف . ومن طريق ابن أبي شيبة رواه الطبراني في معجمه .

ورواه ابن أبي شيبة أيضاً حدثنا عبد الله بن إدريس حدثنا أبو اسحاق الشيباني عن

ويستوي فيه الإعتاق بمال وبغيره لإطلاق ما ذكرناه . قال فإن شرط
أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق ، لان الشرط مخالف
للنص فلا يصح .

عبد الله بن أبي الجعد عن عبد الله بن شداد عن فاطمة بنت حمزة رضي الله عنه فذكره
ففي هذين الكتابين إسمها فاطمة ورواه أبو داود في المراسيل عن شعبه عن الحكم عن
عبد الله بن شداد وقالوا أتدرون ما ابنة حمزة منى كانت أختي لأمي وانها اعتقت مملوكا
لها فتوفى وترك ابنتيه ومولاه ، فجعل رسول الله ﷺ ميراثه بينهما نصفين .

وروى أبو داود أيضاً في مراسيله ما يخالف هذا عن ابراهيم قال توفي مولى لمحزة بن
عبد المطلب فأعطى النبي ﷺ بنت حمزة النصف وقبض النصف والله أعلم .

(ويستوي فيه) أي في ثبوت الولاء (الاعتاق بمال وبغيره) أي بغير المال ، وكذا
العتق بقرانه أو كتابته عند الأداء وتديير أو استيلاد بعد الموت ، وسواء أيضاً كان العتق
حاصلاً ابتداءً أو يحجه الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها (لإطلاق ما ذكرناه) يعني
قوله ﷺ الولاء لمن أعتق وما ذكره من المعنى المعقول .

(قال) أي القدوري (فإن شرط أنه سائبة) أي أن العبد يكون حراً أولاً ولا بينة
من ساق الماء يسبب إذا جرى وذهب كل مذهب . قال الصنعاني في العباب السائبة العبد
كان الرجل إذا قال لغلامه أنت سائبة فقد عتق ، ولا يكون ولاؤه لمعتقه ويضع ماله
حيث شاء ولا عقل بينهما ، والسائبة أيضاً الناقة التي كانت تسبب في الجاهلية لنذر ولحموه
(فالشرط باطل والولاء لمن أعتق ، لأن الشرط مخالف للنص) وهو قوله ﷺ أعتق
(فلا يصح) أي إذا كان مخالفاً للنص ، فلا يصح ، وهذا مذهب جمهور العلماء ، وعند
أحمد لم يكن له الولاء عليه إن أعتقه سائبة ، فلو أخذ من ميراثه شيئاً رده في مثله . وفي
المنصوص عن أحمد لو خلف مالا ولم يدع وارثاً اشترى بماله رقاباً فأعتقهم ، لأن ابن عمر
رضي الله عنهما أعتق عبداً سائبة فمات فاشترى بماله رقاباً فأعتقهم . وقال مالك ومكحول
وابو العالية والزهري وعمر بن عبد العزيز يحمل ولأه للجماعة المسلمين ، كذا فعله
بعض الصحابة .

قال وإذا أدى المكاتب عتق والولاء للمولى وإن اعتق
بعد موت المولى ، لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة
وقد قررناه في المكاتب ، وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه
وعتقه بعد موته ، لأن فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم
ملكه وإن مات المولى عتق مديروه وأمهات أولاده لما بينا في
العتاق وولاءهم له ، لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاء . ومن ملك
ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاءه له لوجود السبب

(قال) أى القدوري (وإذا أدى المكاتب) أى بدل الكتابة (عتق وولاءه
للمولى ، وإن اعتق بعد موت المولى ، لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد
قررناه في المكاتب) أى قررنا في باب الكتابة أن ولاءه لمولاه ، وهو قول عامة الفقهاء .
وعن عمرو بن دينار لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده فلم يكن عليه ولاؤه كما
لو اشتراه أجنبي وقال مكحول المكاتب إذا شرط ولاء مع رقبته جاز . وقال قتادة
من لم يشترط ولاء مكاتبه ، فلكاتبه أن يوالي من شاء للجمهور حديث بريرة وقد
مضى مستقصى .

(وكذا العبد الموصى بعتقه) أى وكذا يكون ولاؤه للميت لأن العتق يقع عنه (أو
بشرائه) أى أو الموصى بشرائه (وعتقه بعد موته لأن فعل الوصي بعد موته) أى بعد
موت الموصى (كفعله) أى كفعله الموصى في حياته (والتركة على حكم ملكه) أى على
حكم ملك الموصى الميت في حق الوصية .

(وإن مات المولى عتق مديروه وأمهات أولاده لما بينا في العتاق وولاءهم له ، لأنه
أعتقهم بالتدبير والاستيلاء) فيه لف ونشر ، فقوله بالتدبير يرجع إلى قوله مديروه ،
وقوله والاستيلاء يرجع إلى قوله وأمهات أولاده (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
لما بينا في العتاق ، وولاءه له لوجود السبب وهو العتق عليه) أى على الذي ملك ، وقد
مر في العتاق مستقصى .

وهو العتق عليه . وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى
الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى
الام لا ينتقل عنه أبداً ، لانه عتق على معتق الام مقصوداً إذ هو جزء منها
يقبل الاعتاق مقصوداً فلا ينتقل ولاءه عنه عملاً بما روينا ، وكذلك
إذا ولدت ولداً لاقل من ستة أشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق ،
أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر لانهما توأمان يتعلقان
معاً ، وهذا بخلاف ما إذا والت رجلاً وهي حبلى والزوج وإلى غيره
حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل

(وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر) أي لرجل آخر ، وفي بعض النسخ أمة رجل
آخر (فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل) أي والحال أن الأمة حامل (من العبد عتقت
وعتق حملها) تبعاً لها (وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً ، لانه عتق على معتق
الأم) بكسر التاء (مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصوداً) أي حال كونه
مقصوداً بالعتق ، لانه أضاف الإعتاق إلى جميع أجزائها وهو منها ، فيعتق مقصوداً
كالأم ، فإذا كان كذلك (فلا ينتقل ولاءه عنه عملاً بما روينا) وهو قوله عليه السلام
الولاء لمن أعتق .

(وكذلك إذا ولدت ولداً لاقل من ستة أشهر) من حين أعتقت (للتيقن بقيام الحمل
وقت الاعتاق) أي للتيقن بوجوده في البطن حين الاعتاق فيعتق (أو ولدت ولدين أحدهما
لاقل من ستة أشهر) أي يوم مثاله وللآخر بعد يوم (لانهما توأمان يتعلقان معاً) لأن
المرأة المتحللة من الولادتين إذا كانت أقل من ستة أشهر يكون الولد توأماً وحكم التوأم
لا يختلف . وإذا ثبت وجود أحدهما وقت الإعتاق ثبت وجود الآخر ، فقد جرى عليها
عتق مقصود ، فلا ينتقل الولاء .

(وهذا) أي الحكم المذكور (بخلاف ما إذا والت رجلاً وهي حبلى) أي والحال
أنها حبلى (والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب ، لأن الجنين غير قابل

لهذا الولاء مقصوداً ، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له . قال فان ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولاه لموالي الأم ، لأنه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصوداً ، فإن أعتق الأب جر الأب ولأه ابنه وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب لأن العتق ها هنا في الولد يثبت تبعاً للأم ، بخلاف الأول ، وهذا

لهذا الولاء مقصوداً ، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو) أي الجنين (ليس بمحل له) أي للإيجاب والقبول فهذا أظهر الفرق بين الصورتين .

(قال فان ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولاه لموالي الأم ، لأنه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها) أي لاتصال الولد بالأم (بعد عتقها فيتبعها في الولاء) لولاء الأم لمولى الأم ، فكذا ولأه تبعاً لها (ولم يتيقن بقيامه) أي بقيام الولد أي بوجوده (وقت الإعتاق ، وحتى يعتق مقصوداً) كما في الفصل الأول فلا جرم عتق تبعاً لها (فان أعتق) وهو (الأب) فلذلك فسر به بقوله (جر الأب ولأه) إلى موالىه (وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب) وهو قول جمهور الفقهاء والتابعين والصحابه رضي الله عنهم ، وقال داود وميمون بن مهران وحيد بن عبد الرحمن أن الولاء لا يحري عن موالى الأم ، وقد روي عن عثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما مثل هذا (لأن العتق ها هنا) أي فيها إذا ولدت لعتقها أكثر من ستة أشهر (في الولد يثبت تبعاً) لا مقصوداً ، والأصل إذ العتق متى ثبت مقصوداً لا ينتقل الولاء كما بينا ، ومتى ثبت بطريق التبعية ينتقل ، وهنا ثبت العتق تبعاً (للأم) لعدم التيقن بقيامه وقت الإعتاق ، فإذا تبعها في العتق تبعها في الولاء أيضاً كما ذكرنا لعدم أهلية الأب ، فإذا صار الأب أهلاً بالإعتاق عاد الولاء إليه .

(بخلاف الأول) أي الفصل الأول ، وهو ما إذا أعتقها وهي حامل أو ولدت لأقل من ستة أشهر ، فإن العتق فيه ثبت مقصوداً فلا ينتقل الولاء فيه البتة (وهذا) أي انتقال

لأن الولاء بمنزلة النسب ، قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث

الولاء من موالي الأم إلى موالي الأب (لأن الولاء بمنزلة النسب) والنسب إلى الأداء ، فكذا الولاء ، وإنما جعل الموالي للأم بطريق التبعية ضرورة عدم مولى للاب ، فإذا ارتفعت هذه الضرورة بمحدث المولى له عاد إليه ، ثم استدل على كون الولاء بمنزلة النسب بقوله (قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث) هذا الحديث رواه ثلاثة من الصحابة .

الأول : عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخرج حديثه ابن حبان في صحيحه في القسم الثاني عن بشر بن الوليد عن يعقوب بن ابراهيم عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال ، قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب . ورواه الشافعي في مسنده أخبرنا محمد بن الحسن عن أبي يوسف القاضي يعقوب بن ابراهيم عن عبد الله بن دينار به . ومن طريق الشافعي رواه الحاكم في المستدرک في كتاب الفرائض وقال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه . وبطريق آخر أخرجه الحاكم في كتاب مناقب الشافعي عن علي بن سليمان الاخيمي ثنا محمد بن ادريس الشافعي ثنا محمد بن الحسن ثنا أبو يوسف عن أبي حنيفة عن عبد الله بن دينار به . قال الحاكم كذا قال فيه عن أبي حنيفة وهو وهم . قال الشافعي رواه عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن عبد الله بن دينار نفسه ، وبطريق آخر أخرجه الطبراني في معجمه الاوسط عن محمد بن زياد حدثنا يحيى بن سليم الطالقي عن اسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر ، وقال لم يروه عن اسماعيل بن أمية إلا يحيى بن سليم .

الثاني : ابن أبي أوفى أخرج حديثه الطبراني في معجمه عن عبيد بن القاسم الاسدي عن اسماعيل بن أبي خالد عن ابن أبي أوفى قال قال رسول الله ﷺ الولاء لحم كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب . ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بعبيد بن القاسم ، ونقل عن ابن معين أنه قال فيه كان كذابا .

الثالث : أبو هريرة أخرج حديثه ابن عدي في الكامل عن يحيى بن أبي أنيسة عن

الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال، قال رسول الله ﷺ الولاء لحم ... إلى آخره ، سواء وأعله ببيحيى بن أبي أنيسة وأسند تضعيفه عن البخاري والنسائي وأحمد وعلي بن المديني وابن معين .

فإن قلت ذكر البيهقي حديث نهى عن بيع الولاء وهبته ، ثم ذكر عن الشافعي أبا محمد بن الحسن عن يعقوب بن إبراهيم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أنه ~~روى~~ قال الولاء لحمه كلعمة النسب لا تباع ولا توهب . ثم ذكر عن أبي بكر النيسابوري قال هذا خطأ ، لأن الثقات يرووه هكذا ، وإنما رواه الحسن مرسلًا ، ثم قال البيهقي روي من أوجه آخر كلها ضعيفة . قلت يرد عليهما ما ذكرناه من حديث عبد الله بن عمر حديث عبد الله بن أبي أوفى من الطريق الذي أخرجه الطبري في تهذيب الآثار ، وهو طريق صحيح ، فقال حدثني موسى بن سهل الرملي ثنا محمد بن عيسى يعني الطباع ثنا عبد بن القاسم عن اسماعيل بن أبي خالد عن عبد الله بن أبي أوفى قال ، قال رسول الله ﷺ الولاء لحمه كلعمة النسب لا تباع ولا توهب .

ثم اعلم أنه ليس في الحديث بوجهه المذكورة ولا يورث ، فقال الدارقطني في كتاب العلل ورواه أيوب بن سليمان الأعور عن عبد العزيز بن مسلم القسملی عن عبد الله بن دينار به لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، فزاد فيه ولا يورث ، ثم قال ولم أجد في شيء من طريق الحديث ولا يورث قوله لحمه كلعمة النسب ، أي تشابك ووصلة كوصلة النسب ، قالوا يورث عند جمهور العلماء والفقهاء وأصحاب الظاهر ، وقد شدد شريح قال بأنه يورث كالمال عن المعتق ، فمن ملك شيئاً من الولاء حال حياته فهو لورثته وكان بين ابن المعتق وبينته للذكر مثل حظ الانثيين . وعن سليمان بن يسار أنه كان مولى لميمونة فوهبت ولأهلها ابن عباس رضي الله عنهما ، والجمهور ما ذكره .

فإن قلت ما معنى قولهم الولاء يورث ، قلت معناه ما لا يورث عنه ، يعني لا يحوري فيه سهام الورثة ولكن يورث به ، وهو قول علي وزيد وأحد الروایتين عن ابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه أخذ علماؤنا . وفي رواية أخرى لابن مسعود أن الولاء ما يورث عنه

ثم النسب إلى آباء فكذلك الولاء ، والنسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة ، فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه بمنزلة ولد الملاءنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة . فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون

كما المال يحرق فيه سهام الورثة ، وهو قول شريح والنخعي ، وقد روي مثله عن أبي يوسف في غير رواية الأصول ، حتى لو ترك المعتق أباً وإبناً كان لابيه السدس والباقي لابنه ، وكذلك إذا ترك إبناً وإبنة فميراث المعتق بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

(ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء) إلى الآباء (والنسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة) لكونه عبداً (فإذا صار أهلاً) بالحرية (عاد الولاء إليه) لارتفاع الضرورة (كولد ^(١) الملاءنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة) لأجل اللعان الثاني نسبة إلى الأب (فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه) وهو الأب لارتفاع الضرورة بالكذاب . فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته ، فكذا الولاء يجب أن لا يفسخ بعد ثبوته . قلنا لا تنفسخ ولكن حدث ولأه المولى منه فقدم عليه ، كما نقول في الأخ أنه عصبه ، فإذا حدث من هو أولى منه في الإرث لا يبطل تمصيه ، ولكن يقدم عليه .

(بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق) هذا يبطل بقوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه يعني هنا يعود الولاء ، وما هنا لا يعود . قوله إذا أعتقت المعتدة عن موت بان كانت الأمة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو طلاق ، أي أو أعتقت المعتدة عن طلاق وأطلق الطلاق ليشمل البائن والرجعي جميعاً ، وكذا طليقة طلقت الحاكم الشهيد والطحاوي قيده بالبائن مختصرة واتبعه الإمام الأسيبجي في شرحه (فجاءت بولد أقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم . وإن أعتق الأب لتعذر

(١) ولد - هامش .

الولد مولى لموالي الأم ، وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطء ، وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعاً بالشك فاستند إلى حالة النكاح ، فكان الولد موجوداً عند الاعتاق فعتق مقصوداً ، وفي الجامع الصغير فإذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم لأنهم عتقوا تبعاً لأهمهم ولا عاقلة لأيسم ولا موالي

إضافة العلوق إلى ما بعد الموت (لاستحالة من الميت (والطلاق البائن) أي ولتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الطلاق البائن (لحرمه الوطء) بعد الطلاق البائن (وبعد الطلاق الرجعي) أي ولتعذر إضافة العلوق أيضاً إلى ما بعد الطلاق الرجعي .

(لما أنه يصير مراجعاً بالشك) لانه لو حمل وطئه في العدة يصير مراجعاً ، ولو حمل إلى ما قبل الطلاق لا يصير مراجعاً ، والمراجعة لم تكن فلا يثبت بالشك ، فإذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك (فاستند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً) ومن أعتق مقصوداً لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وتبين من هذا أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الأولى للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق ، وأما إذا جاءت به لأكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ، ففي البائن مثل ما كان . وأما الرجعي فولد لموالي الأب للتيقن بمراجعته . وفي الكافي وما وقع في نسخ الهداية فجاءت بالولد لأكثر من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي لأقل من سنتين كما ذكرت ، وعليه بدل التعليل المذكور فيها ، فالظاهر أنه وقع من الكتاب ، انتهى .

قلت وقع في بعض النسخ لأقل من سنتين ، وفي نسخي أيضاً كذلك ، وكذا ذكر في المبسوط لأقل من سنتين أو لتام السنتين ، لان النسب تنسب إلي سنتين . ومن ضرورته أن يكون العلوق قبل الطلاق .

(وفي الجامع الصغير فإذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم ، لأنهم عتقوا تبعاً لأهمهم ، ولا عاقلة لأبيهم ولا موالي) لكونه في الرقبة

فألحقوا بموالي الأم ضرورة كما في ولد الملائنة على ما ذكرنا، فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا ، ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم، وإنما يثبت للأب مقصوراً لأن سببه مقصور ، وهو العتق . بخلاف ولد الملائنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملائن نفسه حيث يرجعون عليه ، لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون .

(فألحقوا بموالي الأم ضرورة كما في ولد الملائنة) حيث تنسب إلى قوم الأم ضرورة (على ما ذكرنا) أراد به قوله كولد الملائنة ينتسب إلى قوم الأم ... إلى آخره ، وإنما ذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل .

(فإن أعتق الأب) أراد به العبد الذي هو زوج المعتقة المذكورة (جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا) أراد به عند قوله فإن أعتق ... (١) الأب ولاء ابنه إلى آخره (ولا يرجعون) أي عاقلة الأم (على عاقلة الأب بما عقلوا ، لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم وإنما يثبت للأب مقصوراً) أي على زمان عتق الأب (لأن سببه) وهو عتق الأب (مقصور) أي غير مستند إلى وقت سابق (وهو العتق) أي السبب هو العتق .

(بخلاف ولد الملائنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملائن نفسه حيث يرجعون) أي قوم الأم (عليه) أي على الملائن ، أي على عاقلته (لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق) لا من وقت الإكذاب فإنه لا يتصور أن لا يكون عند العلوق ولد الإنسان ثم يصير ولداً له بعد فتيان أن النسب كان ثابتاً من الأب حين جنى ، وأن موجب جنائته على عاقلة الأب وأجبر عاقلة الأم على القضاء فيرجعون عليهم بذلك ، وهو معنى قوله (وقد كانوا مجبورين على ذلك) أي وكان عاقلة الأم مجبورين على القضاء (فيرجعون)

(١) هنا كلام غير مقروء من الأصل .

قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء
أولادها لمواليها عند أبي حنيفة «رح» .

على عاقلة الأب ، لانهم قضوا ديناً عن غيرهم بحكم القاضي فلم الرجوع .
(قال) أي القدوري (ومن تزوج من المعجم) وهو جمع عجمي ، وهو خلاف العربي
وإن كان فصيحاً (بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء ولدها ^(١) لمواليها عند أبي
حنيفة) وكذا أموالهم لذوي أرحامه ، حتى لو ترك هذا الولد عمه أو خاله لم يكن لها
شيء في وجود معتق الأم وعصبته . وفي الزاد شرح الاقطع صورة المسألة بالحر المعجمي
الذي ليس بمعتق لاحد سواء كان له ولاء موالاة أو لم يكن . وفي الفوائد هذه المسألة على
وجوه إن زوجت نفسها من عربي فولاء الأولاد لقوم الأب في قولهم ، لأن الشرف بأنساب
الاعراب أقوى . وإن زوجت نفسها من المعجمي الذي له أب في الاسلام فولاء الاولاد
لقوم الأب عند أبي يوسف «رح» بلا ريب .

وعلى قولها اختلف المشايخ ، حكى عن أبي بكر الاعشى وأبي بكر الصغار أنه
لقوم الأب ، وقال غيرهما لقوم الأم ، وإن زوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب
والى أحداً أو لم يوال وهي مسألة الكتاب . وإن زوجت نفسها من عبد أو مكاتب فولاء
الولد لموالي الأم إجماعاً ، إلا إذا أعتق العبد فيجد الولاء . وفي المبسوط إذا كانت الأمة
معتقة لإنسان والأب مسلم نبطي لم يعتقه أحد فالولد مولى لمولى الأم ، وكذا إذا كان نبطي
كافر ثم أسلم ووالى رجلاً فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون الولد مولى لموالي الأم ،
وعند أبي يوسف «رح» في الفصلين لا يكون الولد مولى الأم ولكنه منسوب إلى قوم
أبيه ، لأنه كالنسب والنسب إلى الآباء .

وفي معنى الحنابلة إذا كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه ولا يكون عليه ولاء ، وهو
قول أكثر أهل العلم ، سواء كان الأب عربياً أو عجمياً ، وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو
مجهول النسب أو معلومه ، وهو قول أبي يوسف ومالك «رح» وابن شريح من أصحاب

(١) أولادها - هامش .

قال رضي الله عنه وهو قول محمد . وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه ، لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربياً ، بخلاف ما إذا كان الأب عبداً ،

الشافعي . وقال ابن اللبان من أصحاب الشافعي وقيل هذا قول أبي حنيفة ، وبه قال القاضي الحنبلي إن كان مجهول النسب يثبت الولاء على ولده إلى الأم إن كانت موالاة ، وهو ظاهر مذهب الشافعي « رح » وبه قال القاضي الحنبلي . وقيل هذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد رحمهم الله ، ولكن ذكر في الحلية فإن كان الأب حر الأصل والأم معتقة ثبت الولاء على الولد ، سواء كان الآن عربياً أو عجمياً . وقال أبو حنيفة إن كان عجمياً يثبت الولاء على الولد وبناءه على أصله في جواز استرقاق عبدة الأوثان من المعجم دون العرب ، فإن كان الأب معتقاً والأم حرة الأصل فهل يثبت الولاء على الولد ، فيه وجهان ، أحدهما أنه لا يثبت ، والثاني أنه يثبت ، أما إذا كان الأب مجهول النسب محكوماً بحريته بالظاهر والأم معتقة قيل يثبت الولاء على الولد لمولى الأم . قال أبو العباس قياس قول الشافعي لا يثبت ، كما لو كان معروف النسب . وقال ابن اللبان يثبت وهو قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد .

(قال العبد الضعيف وهو قول محمد أيضاً ^(١)) أي قول أبي حنيفة وهو قول محمد بن الحسن أيضاً (وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه) فلا يكون عليه ولأه وإنا يورث ماله حيث ذوي أرحامه ، كما إذا كان الأب عربياً والأم معتقة فلأنه لا يكون ولاؤه لمولى أمه (لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربياً) إنا كان النسب إلى الإبن لانه منسوب إليه ، قال عز وجل ﴿ ادعوم لأبائهم ﴾ فصار ملحقاً بالأب ، فأخذ حكمه ، في كل وجه لانه حر .

(بخلاف ما إذا كان الأب عبداً) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لما كان النسب إلى الإمام وجب أن يستوي الأب الحر والعبد ، وليس كذلك . فأجاب بقوله

(١) قال رضي الله عنه - هامش .

لأنه هالك معنى . ولهما أن ولاء العتاقة قوي يعتبر في
الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم
ضعيف ، فإنهم ضيعوا أنسابهم ، ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم
بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف . بخلاف ما إذا كان الاب
عربياً لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما

بخلاف ما إذا كان الاب عبداً (لانه) أي لأن العبد (هالك معنى) لانه لا يملك شيئاً ،
ولانه أثر الكفر والكفر موت حكمي ، قال الله تعالى ﴿ أو من كان ميتاً فأحييناه ﴾
١٢٢ الانعام ، فصار حال هذا الولد في الحكم حال من الاب له فنسب إلى موالي الام ،
وهذا المعنى معدوم إذا كان الاب حراً ، لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب
والمعجم فيه سواء .

فإن قلت لو كان هالكا لما جرى القصاص . قلت جريانه لأدميته لا لحرته ورقه ولا
نقصان في ذلك .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حق
الاحكام) لانه ولاء نعمة (حتى اعتبرت الكفاءة فيه) أي في ولاء العتاقة ، حتى لا يكون
معتق المعجم كفواً لمعتقة العرب ، ولهذا يجوز إبطال حرمة المعجم بالإسترقاق (والنسب
في حق المعجم ضعيف فانهم) أي فان المعجم (ضيعوا أنسابهم) حيث لم يعتبروا ذلك قبل
الإسلام ، وكان تفاخرهم وتقييدهم بمهارة الدنيا ، حتى جعلوا من له أب واحد في الامارة
كفواً لمن له أبوان في ذلك ، وتفاخرهم بعد الإسلام بالإسلام ، وإليه أشار سلمان
رضي الله عنه حين قيل له سلمان ابن من فقال سلمان رضي الله عنه :

أي الإسلام لا أب لي سواء إذا افتخروا بقبس أو تمم

(ولهذا) أي ولأجل كونهم ضيعوا أنسابهم (لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب
والقوى لا يعارضه الضعيف ، بخلاف ما إذا كان الاب عربياً ، لان أنساب العرب قوية
معتبرة في حكم الكفاءة والعقل ، لما أن تناصرهم بها) أي بالانساب (فأغنت عن الولاء)

أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء ، قال رضي الله عنه الخلاف في
مطلق المعتقد والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً وفي الجامع الصغير

أي أغنت أنسابهم عن التناصر بالولاء .

(قال المبد الضعيف (١) الخلاف) المذكور بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيه (في
مطلق المعتقد) إنما قال ذلك لان محمداً « رح » ذكر المعتقد مطلقاً ، حتى لو تزوج بمعتقد
غير العربي كان كذلك (والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً) أي وضع القدوري هذه
المسألة في مختصرة بقوله ومن تزوج من المعجم بمعتقد العرب وقس على سبيل الاتفاق له
القصد ، قيل تعليل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في قوله والنسب في حق المعجم ضعيف
يرجح ولاء العتاقة إذا كانت المعتقد من العرب ، لان الولاء لمة كلعمة النسب ، والنسب
في حق العرب قوي ، فكذلك معتقهم يحكى حكاية النسب ، فكان قريباً فرجح حينئذ
معتق العرب على المنسوب في المعجم لا مطلق المعتقد .

وأجيب بأن المصنف قال والقوة فيما إذا كان في جانب الاب ، حتى أن الاب إذا كان
عربياً والام معتقة إنسان فولاء الولد لقوم الاب بالإتفاق . وأما في جارية الام فألحقوه
بمجرد كونها معتقة على نسب المعجم ، ألا ترى أنها تعرضا لمطلق ولاء العتاقة ، فإن من له
أب واحد في الحرية لا يكون كفوفاً لمن له أبوان في الحرية ، وأما في النسب فليس
كذلك ، فإن من له أب واحد في الخلافة أو الإمارة يكون كفوفاً لمن له أبوان فيها ، فعلم
بهذا أنها يرجحان مجرد ولاء العتاقة ، سواء كان معتق العرب أو المعجم على نسب المعجم ،
فصح قوله الخلاف في مطلق المعتقد .

(وفي الجامع الصغير نبطي) النبطي واحد النبط وهم جبل من الناس بسواد الطريق ،
وفسر الفقيه أبو الليث النبطي رجل من غير العرب . وفي العباب قال ابن دريد النبط جبل
معروف وهم النبط والانباط . وقال غيره النبط والنبيط قوم يزلون بالبطائح بين العراقيين
والجمع أنباط ، يقال رجل نبطي ونباطي ونباطاً مثل يمني ويماني ، وحكى يعقوب نباطي
بضم النون فان قلت لم ذكر لفظ الجامع الصغير . قلت لبيان أن محمداً ذكر المعتقد مطلقاً

(١) قال رضي الله عنه - هامش .

كافر تزوج بمعتقة قوم ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولاداً ، قال أبو حنيفة ومحمد مواليتهم موالى أمهم ، وقال أبو يوسف مواليتهم موالى أبيهم ، لان الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية . ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله ، والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي . ولو كان الابوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لانهما استويا ، والترجيح لجانبه لشبهة بالنسب

ولاشتماله ولواء الموالاة بحيث قال نبطي (كافر تزوج بمعتقة قوم) أي بمعتقة كافرة نصرانية ، إنما قلت هكذا ليتصور المسألة ، إذ المسئلة لا تتزوج تحت الكافر بمقد النكاح ، وكذلك قال فخر الإسلام معنى هذا أن تكون المعتقة كفاية إنما قيد بالكتابية ، لان غير الكتابية من الكفار لا يجوز أن يبقى نكاحها بعد إسلام الزوج فافهم . (ثم أسلم النبطي ووالى رجلا) أي عقد عقد الموالاة (ثم ولدت أولاداً ، قال أبو حنيفة ومحمد مواليتهم موالى أمهم) .

(وقال أبو يوسف مواليتهم موالى أبيهم ، لان الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب ، وصار كالمولود بين واحد من الموالى وبين العربية) يعني بين المعجم الاصلى والعربية الاصلية ، فيكون النسب للأب بالاتفاق ، توضيحه أن واحداً من المعجم إذا تزوج بعربية ومما حران غير معتقين فولدت أولاداً فانهم ينسبون إلى قوم أبيهم ، فكذا إذا كانت معتقة ، وهنا لان النسبة إلى الام ضعيفة ، ولهذا لا يستحق لها العصوبة .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (إن ولاء الموالاة) أضعف من ولاء العتاقة (حتى يقبل الفسخ) بأن أراد أحدهما فسخه (وولاء العتاقة لا يقبله) أي الفسخ (والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي) أراد بالضعيف ولواء الموالاة ، والقوي ولواء العتاقة (ولو كان الابوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لانها استويا) أي لان الابوين استويا في المعنوية (والترجيح لجانبه) أي لجانب الأب (لشبهة) أي لشبهة الولد (بالنسب) بالحديث

أو لأن النصرة به أكثر . قال وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبداً فأعتقه هو أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشر له ، ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصيته

المذكور (أو لأن النصرة به) أي بقوم الأب (أكثر) من النصرة بقوم الأم .
 (قال) أي القدوري (وولاء العتاقة تعصيب) أي موجب للعصوبة والتعصيب هو جعل الانسان عسبة ، ومنه قولهم الذكر يمصب الأنثى ، أي يجعلها عسبة (وهو) أي مولى العتاقة (أحق بالميراث من العمة والخالة) وهو قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم . وعن ابن مسعود رضي الله عنهما تقدم ذوي الأرحام على مولى العتاقة ، وروي عن عمر وعلي مثله .

(لقوله ﷺ للذي اشترى عبداً فأعتقه هو أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشر له . ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصيته) الكلام في هذا الحديث على أنواع ، الأول أنه أخرجه الدارمي في مسنده أخبرنا يزيد بن هارون عن الأشعث عن الحسن أن رجلاً أتى النبي ﷺ برجل فقال اني اشتريت هذا فأعتقته فما ترى فيه ، قال أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك ، قال فما ترى في ماله قال إن مات ولم يدع وارثاً فلك ماله .
 ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا أبو عيينة عن عمرو بن عبدة عن الحسن رضي الله عنه قال أراد رجل أن يشتري عبداً فلم يقض بينه وبين صاحبه ، فحلف رجل من المسلمين بعتقه فاشتراه فأعتقه فذكره النبي ﷺ فقال إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك ، قال فكيف يبرأه فقال ﷺ إن لم يكن له عسبة فهو لك .
 ورواه أيضاً محمد في كتاب الولاء من الاصل عن أبي يوسف عن اسماعيل بن سلم عن الحسن البصري عن رسول الله ﷺ .

وورث ابنة حمزة « رض » على سبيل العصوبة مع قيام وارث ،
وإذا كان عصبة يقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن
علي رضي الله عنه ،

النوع الثاني : أن هذا الحديث مرسل من مراسيل الحسن البصري الصحيحة وهي
مقبولة عندنا بعمل بها .

النوع الثالث : في معناه فقله هو أخوك يعني في الدين ، قوله إن شكرك يعني إن
شكرك بالمجازاة على ما صنعت إليه فهو خير له ، لأنه انتدب لما ندب إليه ، ولأنه يثاب
بمقابلة شكره ، لأن شكر النعمة مندوب . قوله وشر لك لأنه أوصل إليك بعض الثواب
في الدنيا فينقص بقدره في الآخرة من الثواب . قوله وإن كفرك فهو خير لك لأنه يبقى
ثواب العمل كله في الآخرة وشر له ، لأنه كفر النعمة وكفران النعمة قبيح ، قال عليه السلام
من لم يشكر الناس لم يشكر الله ، رواه أحمد وغيره . قوله ولم يترك وارثاً أي وارثاً وهو
عصبته . قوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد لم يترك عصبة حيث لم يقل كنت
أنت وارثه .

(وورث) بالتشديد أي ورث النبي صلى الله عليه وسلم (ابنة حمزة رضي الله عنها على سبيل العصوبة
مع قيام وارث) وهو بنت الميت ، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقي
لبنت حمزة وقد مر بيان الحديث من قريب مستوفى .

(وإن كان) أي المعتق بكسر التاء (عصبة) أي المعتق بفتح التاء (يقدم على ذوي
الارحام) لأن العصبة هو الذي يأخذ ما أبقتة أصحاب الفرائض وهو مقدم على ذوي
الارحام (وهو المروي عن علي رضي الله عنه) يعني تقديم المولى على ذوي الارحام ،
وهو المروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ولم يثبت هذا عن علي رضي الله عنه ،
بل الثابت عنه خلاف ذلك ، فإن عبد الرزاق أخرج في مصنفه وقال أخبرنا الثوري
أخبرني منصور عن حصين عن إبراهيم قال كان عمر وابن مسعود رضي الله عنهما يورثان
ذوي الارحام دون الموالي فقلت لعلي بن أبي طالب فقال كان أشدهم في ذلك ، انتهى .
والذي ذكره هو المروي عن زيد بن ثابت رضي الله عنها فأخرج عبد الرزاق في مصنفه

فإن كان للمعتق عصبه من النسب فهو أولى من المعتق ، لان المعتق آخر العصبات ، وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثاً قالوا المراد منه وارث هو عصبه بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبه دون ذوي الارحام . قال فإن كان للمعتق عصبه من النسب فهو أولى منه لما ذكرنا ، وإن لم يكن له عصبه من النسب فميراثه للمعتق تأويله إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال ،

فقال أخبرنا عمر عن قتادة أن زيد بن ثابت كان يرث الموالى دون ذوى الارحام . ولو قال المصنف وهو المروى عن زيد بن ثابت رضي الله عنها لكان أصح وأبعد من الخطأ . (فان كان للمعتق) بفتح التاء (عصبه من النسب فهو أولى من المعتق ، لان المعتق) بكسر التاء (آخر العصبات) لانه عصبه سببية فتأخر عن العصبه النسيبة (وهذا) أى كون العصبه من النسب أولى بالميراث من المولى (لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثاً قالوا المراد منه وارث هو عصبه) يرفع قوله عصبه على أنه صفة لقوله وارث (بدليل الحديث الثاني) الباء تتعلق بقوله قالوا ، أى قالت العلماء ذلك مستدلين بالحديث الثاني وهو حديث بنت حمزة رضي الله عنها ، وذلك لانه عليه السلام جعلها عصبه مع وجود الوارث ، لأن البنت الصلبية وارثة وليست بعصبه ، فلم بهذا أن قوله عليه السلام فان مات ولم يترك وارثاً وارث هو عصبه لا وارث مطلق (فتأخر) أي الموالى (عن العصبه) أي عن عصبه المعتق بفتح التاء (دون ذوي الأرحام) يعني لا يتأخر عنهم ، بل يتقدم عليهم كما ذكرنا . (قال) أى القدورى (فان كان للمعتق) بفتح التاء (عصبه من النسب فهو أولى منه لما ذكرنا) اراد به قوله وإذا كان عصبه تقدم على ذوى الارحام (وإن لم يكن له عصبه من النسب فميراثه للمعتق) بكسر التاء ، وهو المولى (تأويله) أى تأويل قول القدورى فميراثه للمعتق (إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال) ذكروا لهذه الجملة تأويلين ، أحدهما أن معنى قوله صاحب فرض ذو حال الفرض كالأب والجد ، فان لها حالاً سوى حال الفرض وهي العصبية ، فالمعتق لا يرث مع وجودها ، بل الأب أو الجد

أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه ، لانه عصبة على ما روينا ، وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالى الانتصار على ما مر والعصبة يأخذ ما بقي ، فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبنى المولى دون بناته ،

يأخذ الباقي بعد فرضه . والثاني أن معناه ذو حال واحد كالبيت ، فان كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث . وقال الاترازي يكون الضمير في فله الباقي على التأويل الاول راجعاً إلى صاحب الفرض ، وعلى الثاني إلى المعتق .

وقال صاحب العناية والثاني أوجه ، لأنه حلل قوله (أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه) أي بعد أخذ فرضه بقوله (لأنه عصبة على ما روينا) أشار به إلى قوله ~~عليه السلام~~ ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته (وهذا) أشار إلى قوله (لأن العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة) أي القبيلة ، يقال للقبيلة الواحدة بيت النسبة (وبالموالى التناصر)^(١) أي ويكون بالمولى الانتصار ، وهكذا في بعض النسخ (على ما مر) أشار به إلى ما ذكره في أول كتاب الولاء بقوله وكانت العرب تناصر بأشياء وقرر النبي ~~عليه السلام~~ تناصروهم بالولاء بنوعيه (والعصوبة يأخذ ما بقي) هذا من تمام الدليل ، وتقريره فله الباقي ، لأنه عصبة والعصبة تأخذ الباقي .

(فإن مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبنى المولى دون بناته) أراد أن الذكور من أولاد المولى يرثون بمقتضى دون الإناث منهم ، حتى لو مات ولم يترك إلا بنت المعتق فميراثه لبيت المال لا لبنت المعتق في ظاهر الرواية ، ولكن بعض مشايخنا يفتون بدفع المال إليها في هذا الزمان لعدم بيت المال وقصور احتياط القضاة وبيت المال كان في زمن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم ، ولهذا أفتوا بإعطاء المال للإبن والإبنة من الرضاع لا لبيت المال لعدمه ، كما أفتى أصحاب الشافعي بإرث ذوي الأرحام في هذا الزمان لعدم بيت المال ، كذا في الذخيرة وفرائض الأسنجي .

(١) الانتصار هامش .

لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتب
أو كاتب من كاتب بهذا اللفظ ، ورد الحديث عن النبي ﷺ وفي
آخره أو جر ولاء معتقهن

ثم استدل على ذلك بقوله (لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن
أو كاتب أو كاتب من كاتب بهذا اللفظ ، ورد الحديث عن النبي ﷺ وفي آخره أو جر
ولاء معتقهن) الكلام فيه على أنواع الأول أن هذا لم يثبت عن النبي ﷺ ، وإنما أخرج
البيهقي عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم كانوا يحملون الولاء أكبر
من العصبة ولا يرثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن .

وأخرج أيضاً عن إبراهيم قال كان عمر وعلي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم لا يرثون
النساء من الولاء إلا ما أعتق . وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن الحسن أنه قال لا يرث
النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو كاتب . وأخرج نحوه عن ابن سيرين وابن المسيب وعطاء
والنخعي ، وروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الحسن بن عمار عن الحكم عن يحيى بن
الحرار عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال لا يرث النساء من الولاء إلا
ما كاتبن أو أعتقن .

النوع الثاني : في معناه فقوله إلا ما أعتقن كلمة ما هنا بمعنى من كما في قوله تعالى
﴿ والسَّاءَ مَا بَنَاهَا ﴾ ه الشمس ، أي ومن بناها ، وما هنا محذوفات مقدرة منها المستثنى
منه فتقدير الكلام ليس للنساء من الولاء شيء إلا ولاء ما أعتقته أو ولاء ما أعتقته من
أعتقته أو ولاء ما كتب أو ولاء ما كاتبه من كاتبته وذكر في شرح كتب الفرائض بعد
قوله أو كاتب أو كاتب أو دبر من دبر أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن ،
انتهى ، وكذلك التقدير في هذا ولاء ما دبره أو ولاء ما دبره من دبره أو جر ولاء معتق
معتقهن ، أو ولاء معتق معتقهن أو ولاء مكاتب مكاتبهن ، أو ولاء مدبرتهن أو ولاء
مدبر مدبرهن ، والولاء الذي هو مجرور معتقهن أو الولاء الذي هو مجرور
معتق معتقهن .

النوع الثالث . في صورة ما ذكر ، فصورة ولاء معتقهن ظاهرة بأن أعتقت عبداً

وصورة الجر قدمناها ،

ثم مات المعتق وترك معتقه هذا فولاه لها ، فلو أعتق معتقها عبداً آخر ومات المعتق الأول ، ثم الثاني فولاه الثاني لها أيضاً ، وهذا صورة معتق المعتق ، وصورة ولاء مكاتبين بأن قالت امرأة لعبدها كاتبك على ألف درهم مثلاً فقبل العبد ذلك ، فإذا أدى بدل الكتابة يكون ولاؤه للمرأة وصورة ولاء مكاتب مكاتبتهن بأن كاتب هذا المكاتب عبداً فولاه مكاتب المكاتب لها أيضاً إذا لم يكن المكاتب الأول ، وصورة ولاء مدبرهن بأن دبرت امرأة عبدها بأن قالت له أنت حر إن دبرتني أو بعد موتي أو إذا مت ونحوه ، ثم ارتدت والعباد بالله وألحقت بدار الحرب وقضاء القاضي بالحاقها فعتق مدبرها ثم جاءت المرأة إلى دار الإسلام ثم مات المدبر وترك مدبرته هذا فولأؤه لها وصورة ولاء مدبر مدبرهن بأن اشترى هذا المدبر بعد الحكم بعتقه عبداً ثم دبرها ثم مات وجاءت المرأة إلى دار الإسلام قبل موت مدبرها أو بعده ثم مات المدبر الثاني فولأؤه لمدبرة مدبره وصورة جر ولاء معتقهن بأن زوجت امرأة عبدها معتقة الغير فولدت منه ، ولهذا يثبت نسب الولد منه ويكون جر ابنها لأنه لأن الولد تبع الأم في الرق والحرية وولاء الولد لمولى الأم يعقلون عنه ويروثون منه ، فلو أن المرأة أعتقت العبد حر باعتاقها إياه ولاء ولده إلى نفسه ثم من نفسه إلى مولاه ، حتى لو مات المعتق ثم مات ولده وترك معتقة أبيه فولأؤه انتقل من موالي أمه إليها وصورة جر ولاء معتق معتقهن بأن اعتقت امرأة عبداً ثم اشترى المعتق عبداً وزوج معتقه غيره من عبد فولد بينهما ولد فولاه هذا الولد لمولى أمه ، فلو أن المعتق اعتق عبده جر بالإعتاق ولاء معتقه إلى نفسه ثم يرجع منه إلى مولاه .

(وصورة الجر قدمناها) وفي بعد النسخ قد بيناها ، وأشار به إلى قوله فان ولدت بعد عتقها أكثر من ستة أشهر إلى أن قال جر الأب ولاء ابنه ، والجد هل يحجر الولاء ، فقال الحاكم في كافيهِ قال الشعبي إذا أعتق الجد جر الولاء . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله لا يحجر الجد الولاء ولا يكون مسلماً بإسلام الجد . وفي الجريرة قال شريح وسفيان ومالك وأهل المدينة إن الجد يحجر ولاء ولد الإبن من موالي نفسه ، وبه قال الأوزاعي وابن أبي ليلى وابن المبارك . وقال زفر إن كان الأب حياً فالجد لا يحجر الولاء ،

ولأن ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب الولاء إليها
وينسب إليها من ينسب إلى مولاهما بخلاف النسب ، لأن سبب
النسبة فيه الفراش ، وصاحب الفراش إنما هو الزوج ، والمرأة
مملوكة لا مالكة . وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بني المولى
بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب ، لأن الولاء لا يورث ويخلفه فيه
من يكون النصرة به ، حتى لو ترك

وإن كان ميتاً يحرم الولاء . وفي الأسرار وشرح الأقطع ثم قال الشافعي يحرم الولاء .
ولنا أن الجد يدلي إليه بواسطة فلم يحرم الولاء كالأخ والعم ، ولا يكون مسلماً بإسلام
الجد ، إذ لو جاز اتباعه الجد في الإسلام جاز اتباعه جد الجد إلى ما لا نهاية له فيلزم أن
يكون الكفار كلهم مسلمين تبعاً لأدم عليه السلام ، ولا وجه إلى ذلك للزم الجمع بين النقيضين .
(ولأن ثبوت المالكية) هذا دليل ثان عقلي على أن ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتق
فأعتق من أعتقن ، تقريره أن ثبوت المالكية يعني كونه مالكة (والقوة في المعتق) بفتح
التاء (من جهتها) أي من جهة المعتقد وكل من ثبت من جهته شيء ينسب إليه ، لأنه
علته إذ ذاك ينتسب بالولاء إليها ، أي إلى المعتقد (فينسب الولاء إليها وينسب إليها
من ينسب إلى مولاهما) أي مولى المعتقد ، لأن معتق المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء ، وفي
ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة .

(بخلاف النسب) فإنه لا يثبت إلا من الفراش (لأن سبب النسبة فيه الفراش ،
وصاحب الفراش إنما هو الزوج) لأنه المالك (والمرأة مملوكة لا مالكة) فلا ينسب إليه
الفراش (وليس حكم ميراث المعتق) بفتح التاء (مقصوراً على بني المولى ، بل هو لعصبته
الأقرب فالأقرب ، لأن الولاء لا يورث) حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب ، فلو
كان بالإرث لكان الذكر والأنثى سواء ، ولكن الولاء باعتبار النصرة والنصرة بالذكور
لا الإناث للضعف بينهن فيحلف المولى الذي أعتق العبد في الولاء من يتحقق النصرة به ،
فكان الولاء للذكور دون الإناث ، هو معنى قوله (ويخلف فيه) أي يخلف المولى الذي
أعتق في الولاء (من يكون النصرة به) والنصرة بالذكور دون الإناث (حتى لو ترك

المولى وابناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد «رح» ، لانه
أقربهما عصبية ، وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبي حنيفة
«رح» ، لانه أقرب في العصبية عنده ، وكذا الولاء لابن المعتقة
حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا ،

المولى أباً وإبناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد «رح» (صورته امرأة اعتقت عبداً
ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما ، وبه قال الشافعي ومالك والثوري والشافعي
والزهري وابن المسيب وعطاء والحسن والحكم وقتادة وأكثر الفقهاء ، وهو قول أبي
يوسف أولاً ثم رجع وقال لأبيها السدس والباقي للابن ، لأن الأب عصبية كالابن ،
والابن والأب في القرب سواء ، فيكون حكمها سواء ، وبه قال أحمد والنخعي والأوزاعي
ومشايع واسحاق .

(لأنه) أي لأن الابن (أقربها عصبية) أي من حيث العصبية والولاء بالعصبية ولا
يظهر عصبية الأب مع الابن (وكذلك الولاء للجد دون الأخ عند أبي حنيفة) يعني لو
ترك جد مولاه أباً ابناً وأخاه لأب وأم وأخاه لأب وأم أو لأب كان ميراثه للجد عند أبي
حنيفة (لأنه أقرب) أي لأن الجد أقرب من الأخ (في العصبية عنده) أي عند أبي
حنيفة «رح» ، وبه قال أبو ثور وعند أبي يوسف ومحمد كلاهما سواء ، وبه قال أحمد
والشافعي في قول لأنها عصبتان ، فيكون الولاء بينهما نصفين كالأخوين ، وعند مالك أن
المال للأخ وهو قول من الشافعي ، وهكذا روى عن زيد رضي الله عنه .

(وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه) الضمير يرجع الى المعتق صورته امرأة اعتقت
عبداً ثم ماتت وترك ابناً وأخاه ثم مات العبد ولا وارث له غيرها فالميراث لابنها
(دون أخيها) وعليه اجماع الصحابة والتابعين والفقهاء ، وما روي عن علي رضي الله عنه
أن امرأة ماتت وخلفت ابناً وأخاه وابن أخيها أن ميراث مولاهما لأخيها وابن أخيها
دون ابنها فقد رجع علي رضي الله عنه إلى قول الجماعة (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله
لأنه أقربهما عصبية .

إلا أن عقل جناية المعتقة على أخيها لأنه من قوم أبيها ،
وجنابته كجنابتها . ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر معناه بني
ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن ، لأن الولاء للكبير

(إلا أن عقل جناية المعتقة) بفتح التاء (على أخيها) أي على أخ المعتقة (لأنه من قوم أبيها) أي لأن الأخ من قوم أبيها ، والأصل في العقل قوم الأب وابنها لا يثبت إلى قوم أبيها ، بل ينسب إلى قوم زوجها (وجنابته كجنابتها) أي جنابة المعتق كجنابة المعتقة . (ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر ، معناه بني ابن آخر فميراث المعتق) بفتح التاء (للابن دون بني الابن ، لأن الولاء للكبير) بضم الكاف وسكون الباء الموحدة وكسر الشئ في اللغة معظمه ، قال الله تعالى ﴿ والذي قولى كبره ﴾ ١١ التور ، قرأ يعقوب وحيد الأعرج بالضم ، قال ابن السكيت يستوي فيه الواحد والجمع والمؤنث . وفي العباب وقولهم هو كبر قومه بالضم ، أي هو أقدمهم في النسب . وفي الحديث الولاء للكبير وهو أن يموت الرجل ويترك ابناً وابن ابن فالولاء للابن دون ابن الابن ، وقوله الكبير أي للأقرب ، انتهى .

وقال الكاكي أي الأكبر أولاد المعتق ، والمراد أقربهم نسباً لا أكبرهم سناً ، ألا ترى أن المعتق إذا مات وترك ابنين كبيراً وصغيراً ثم مات المعتق والولاء بينهما نصفان لاستوائهما في القرب إلى الميت من حيث النسب ، كذا ذكره شيخ الإسلام . وقال الأسبجاني في شرح الكافي وأرادوا بالكبر القرب ، لأن الأكبر من الأولاد يكون وجوده أقرب إلى وجود الأب من غيره ، فسكتوا ^(١) به عنه . وفي شرح الأقطع وقولهم الولاء لكبر خرج على المعتاد وهو أن الابن يكون أكبر من ابن الابن في أكثر الأحوال وإن كان في حالة قد يكون ابن الابن أكبر من عمه . وقال في المغرب المراد أقرب الأولاد نسباً لا أكبرهم سناً . وقال في الفائق في حديث النبي ﷺ مات رجل من خزاعة أو من الأزد ولم يدع وارثاً ، فقال ادفعوه إلى أكبر خزاعة ، أي ادفعوا ماله إلى أكبرهم وهو أقربهم إلى الجد الأول ، ولم يرد كبر السن .

(١) هكذا رسم الكلمة في الأصل .

هو المروي عن عدة من الصحابة « رض » منهم عمر وعلي وابن مسعود
رضي الله عنهم وغيرهم أجمعين ، ومعناه القرب على ما قالوا
والصليبي أقرب

وقال الحاكم في كافيهِ وتفسيره عندهم ، أي تفسير قوله ~~بأن~~ الولاء للكبر ، رجل
أعتق عبداً ثم مات وترك ابنين ثم مات أحد الإبنين وترك إبناً ثم مات المعتقد فميراثه
لإبن المعتقد لصلبه دون ابن إبنه ، وكذلك القول في كل عصة على هذا القياس في أن
الولاء للكبر منهم ذلك الوقت . وقال في شرح الطحاوي ولو مات وترك خمسة بني ابن
وابن ابن المعتقد من آخر فالمراثأ سداً ، لأنهم يرثون بالعصبة وعصوبتهم بالسوية .

(هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود
رضي الله عنهم) روى الدارمي في مسنده أخبرنا يزيد بن هارون أنا أشعث عن الشعبي
عن عمر وعلي وزيد أنهم قالوا الولاء لكبر ، قالوا يعنون بالكبر ما كان أقرب بأم وأب
ورواه من طريق آخر وزاد فيه ابن مسعود ورواه القاسم بن حزم السرقسطي في كتاب
غريب الحديث أخبرنا محمد بن علي حدثنا سعيد بن منصور حدثنا أبو عوانة عن إبراهيم
عن علي وزيد وعبد الله « رض » أنهم كانوا يقولون الولاء للكبر ، قال ومعناه لا تفسد
الناس بالمعتقد يوم يموت المعتقد . وقال في موضع آخر قال يعقوب الولاء للكبر بضم الكاف
وهو أكبر ولد الرجل .

(وغيرهم أجمعين) مثل عبد الله بن عمر وأسامة بن زيد وأبو مسعود البصري وزيد بن
ثابت ، وقد أخرج البيهقي عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم كانوا يحملون الولاء
للكبر من العصب ، وأخرج عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن منصور عن إبراهيم
ابن عمر وعلي وزيد بن ثابت كانوا يحملون الولاء للكبر ، وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن
عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي وإسحاق وأبو ثور وداود وغيرهم (ومعناه) أي
معنى قوله الولاء للكبر (القرب على ما قالوا والصليبي أقرب) أي الإبن الصليبي
أقرب إلى الميت .

فصل في ولاء الموالاة

(فصل في ولاء الموالاة)

إنما أخره على ولاء العتاقة لأنه أقوى من ولاء الموالاة ، ولأنه غير قابل للنقل في جميع الأحوال ، بخلاف ولاء الموالاة ، فإن للمولى أن ينقل فيه قبل العقل ، ولأن ولاء العتاقة يجمع عليه وقد مر معناها اللغوي . أما معناها الشرعي فما ذكره في شرح الطحاوي وهو أن يقول أنت مولاي جنائبي عليك وجنابتك علي وميراثي لك إن مت ، فإذا مات كان ميراثه للأعلى إن لم يكن له وارث ولا يرث الأسفل من الأعلى إلا إذا شرط ميراث الأعلى لنفسه .

ومن أسلم على يد رجل فينفس الإسلام لا ينعقد له الولاء ، وله أن يوالي من شاء إن شاء والى مع الذي أسلم على يديه ، وإن شاء والى مع غيره وله أن يتحول بولايته إلى غيره ما لم يعقل عنه ، فبعد ذلك ليس له أن يوالي غيره ، فإذا كان أبوه في دار الحرب فينبغي^(١) فأعتقه مولاه يثبت ولاؤه مع معتقه وجر ولاء الولد إلى نفسه واللقيط جسر جنابته على بيت المال وميراثه لبيت المال ، فإذا أدركه كان له أن يوالي مع من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال فميراثه لبيت المال ، وليس له أن يوالى أحد . أو قال شيخ الإسلام في شرح الكافي الولاء أن يقول له إني رجل غريب ليس لي عشيرة ولا ناصر يضم إليك عشيرتك حق أعد من جملتك فتنصرني وتحمل على نوائي ، وإن مت كان ميراثي لك فيقبل منه فينعقد بينها عقد موالاة بهذا .

وذكر في الذخيرة أن يسلم الرجل على رجل فيقول للذي أسلم على يديه أو لغيره واليتك على أي إن مت فميراثي لك ، وإن حييت فمعلي عليك وعلى عاقلتك ، وقبل الآخر ولا يثبت أحكامه بمجرد الإسلام بدون عقد الموالاة ، ذكره في الذخيرة وجامع التمرناشي . وفي المبسوط الإسلام على يد ليس بشرط لصحة العقد ، وإنما ذكره على سبيل العادة . وفي العناية لا يثبت الولاء بمجرد الإسلام ما لم يعقد عقد الموالاة ، وهذا هو مذهب

(١) هكذا في الأصل ، وربما هنا كلام ناقص ، أو هو خطأ ناسخ ، اهـ مصححه .

قال وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أنه يرثه ويعقل عنه
إذا جنى أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على
مولاه ، فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى . وقال
الشافعي الموالاة ليس بشيء ،

أصحابنا والشمعي ومالك والثوري وعند عمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب والليث بن
سعد ثبتت الولاء بمجرد الاسلام على يد رجل ، كذا ذكره سراج الدين أبو ظاهر
السجاوندي في شرح فرائضه ، انتهى . وكذا الاسلام على يده ليس بكاف لثبوت ولأه
الموالاة عند أكثر أهل العلم إلا ماروي عن الروافض وأحمد في رواية . وروي أيضاً عن
ابراهيم وإسحاق وعمر بن عبد العزيز وعمر بن الخطاب لما روى راشد بن سعد أنه ~~روى~~
قال من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه . قلنا هذا حديث ضعيف .

(قال) أي القدوري (وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أنه يرثه ويعقل عنه
إذا جنى أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه) وله ثلاث
شرائط ، أحدها : أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره ، وأما نسبة غيره
إليه فغير مانع .

والثانية : أن لا يكون له ولأه عتاقة ولا موالاة مع أحد وقد عقل عنه .
والثالثة : أن لا يكون غريباً .

فان قيل من شرط العقل عقل الأعلى وحرية ، فان موالاة الصبي والعبد باطلة ،
فكيف جعل الشرائط أثلاثاً . أجيب بأن المذكورة هي الشرائط العامة المحتاج إليها في
كل واحد من الصور ، وأما ما ذكرت فانها هو نادر فلم تذكر .

(فان مات ولا وارث له غيره) أي فان مات المولى والحال أنه لا وارث له غير
الذي والاه (فميراثه للمولى) أي المولى الذي والاه .

(وقال الشافعي « رح » الموالاة ليس بشيء) أي عقد الموالاة ليس بشيء في حق
الاستحقاق والارث والتذكير بهذا الاعتبار ، وبه قال مالك وأحمد « رح » ، وهو قول

لأن فيه إبطال حق بيت المال ، ولهذا لا تصح في حق وارث آخر ،
ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال ، وإن لم يكن للموصى
وارث لحق بيت المال وإنما يصح في الثلث . ولنا قوله تعالى ﴿والذين
عقدت أيمانكم فأتوهم نصيبهم﴾ النساء ٣٣ ، والآية في الموالاة ،

الشعبي (لأن فيه) أي في التوريث بعقد الموالاة (إبطال حق بيت المال) وذلك لأن
الارث إما بالقرابة أو بالزوجة بالنص أو بالعتق بالحديث ، ولم يوجد واحد منها ، وعند
عدم الوارث يكون لبيت المال ، وفي عقدهما الموالاة إبطال حق بيت المال ، وكان تصرفاً
قصد به وضع الشرع فلا يصح (ولهذا لا يصح في حق وارث آخر) أي ولأجل ما ذكرنا
لا يصح في حق وارث آخر ، أي ولأجل ما ذكرنا لا يصح عقد الموالاة في حق وارث آخر ،
فكذا لا يصح في حق بيت المال ، لأنه بمنزلة الورثة عند عدمهم .

(ولهذا) توضيح آخر لما ذكرنا (لا يصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن
الموصى وارث لحق بيت المال) أي لأجل حقه ، لأنه في تجويزه إبطال حقه (وإنما يصح
في الثلث) بالنص المشهور .

(ولنا قوله تعالى ﴿والذين عقدت أيمانكم فأتوهم نصيبهم﴾ ٣٣ النساء) أي عاقبتم ،
كقوله تعالى ﴿يوم ينظر المرء ما قدمت يداه﴾ ٤٠ النبا ، أي نفسه ، إلا أنه أضاف
العقد إلى أيماننا ، لأن أكثر الكسوف تجري على اليد ، وليس المراد به القسم ، بل المراد
الصفقة باليمين بأن عادة المتعاقدين جرت بأن يأخذ كل واحد منهما يمين الآخر إذا عاقد
فسمى العقد صفقة لهذا .

قوله ﴿فأتوهم نصيبهم﴾ أي من الميراث ، لأن المراد من المعطوف عليه ، وهو قوله
﴿الولدان والأقربون﴾ بيان النصيب على جهة الاستحقاق إرثاً ، فكذا المراد مما يعطف
عليه ، أو المعطوف في حكم المعطوف عليه ولم ينسخ هذا النصيب بآية المواريث ، لأن
المولى لا يرث إلا بعد العصبه والرحم ، فلا يقع بينها تعارض ولا تناسخ .

(والآية في الموالاة) أي عقد الموالاة كما ذكرنا (وسئل رسول الله ﷺ عن رجل

وسئل رسول الله ﷺ عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به بحياه ومماته

أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به بحياه ومماته) هذا الحديث أخرجه الأربعة في الفرائض، فأبو داود رواه عن يحيى بن حمزة عن عبد العزيز بن عمرو بن عبد العزيز قال سمعت عبد الله بن موهب يحدث عن عمر بن عبد العزيز عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الداري قال يا رسول الله ﷺ ما السنة في الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين. قال هو أولى الناس بمحياه ومماته. والترمذي عن أبي أسامة وابن منثى ووكيع ثلاثهم عن عبد العزيز عن عبد بن موهب عن تميم الداري فذكره. والنسائي عن ابن إسحاق عن عبد الله بن موهب عن تميم نحوه. وابن ماجه عن وكيع عن عبد العزيز بن عمرو عن عبد الله بن موهب عن تميم نحوه.

فان قلت قال علي البيهقي هذا الحديث حيث ذكره من طريق يعقوب بن سفيان حدثنا أبو نعم حدثنا عبد العزيز بن عمرو عن عبد الله بن موهب سمعت تميماً ... إلى آخره. ثم قال قال يعقوب هذا خطأ ابن موهب لم يسمع من تميم ولا لحقه. ثم أخرجه من طريق يعقوب عن عبد الله بن يوسف عن يحيى بن حمزة عن عبد العزيز عن ابن موهب وعن قبيصة بن ذؤيب عن تميم ثم من طريق أبي داود المذكورة. ثم قال فعاد الحديث مع ذكر قبيصة فيه إلى الارسال ثم ذكر أن الشافعي قال ابن موهب ليس بالمعروف عندنا ولا نعلمه لقي تميماً، ومثل هذا لا يثبت عندنا ولا عندك من قبل انه مجهول ولا أعلمه متصلاً.

قلت أخرجه الحاكم من طريق ابن موهب^(١) عن تميم ثم قال صحيح على شرط مسلم وعبد الله بن موهب بن زمعة مشهور ومشاهد عن تميم حديث قبيصة. وأخرج ابن أبي شيبة الحديث في مصنفه عن وكيع عن عبد العزيز وصرح فيه بسامع ابن موهب من تميم

(١) هكذا في الأصل يذكره مرة موهوب ومرة موهب والصحيح كما ورد في التهذيب

ابن موهب من رواية الجماعة، اهـ مصححه.

كرواية أبي نعيم . وأخرجه ابن ماجة في سننه عن ابن أبي شبة كذلك ، فهذان ثقتان جليلان صرحا في روايتهما بسامع ابن موهب من تميم وأدخل يزيد بن خالد وهشام وأبي يوسف بينهما قبيصة ، فان كان الأمر كما ذكر أبو نعيم وو كيع حمل على أنه سمع منه بواسطة وبدونها ، وان ثبت أنه لم يسمع منه ولا لحقه فالواسطة هو قبيصة ثقة أدرك زمان تميم بلا شك فممنعته محمولة على الاتصال ، فلا أدري ما معنى قول البيهقي فماد الحديث مع ذكره الى الارسال .

وقال صاحب الكمال ابن موهب ولاء عمر بن عبد العزيز قضاء فلسطين وروى عنه عبد العزيز بن عمر والزهرى وابنه يزيد بن عبد الله وعبد الملك بن أبي جميلة وعمر بن مهاجر . وقال يعقوب بن سفيان حدثنا أبو نعيم حدثنا عبد العزيز بن عمرو وهو ثقة عن ابن موهب الهمداني وهو ثقة قال سمعت تيمماً وكذا ذكر الصريفي في كتابه بخطه فدل ذلك على أنه ليس بمجهول لا عيناً ولا حالاً ، ثم الظاهر أن الشافعي يخاطب محمد بن الحسن لأنه المخالف في هذه المسألة هو وأصحابه وقد عرف من مذهبهم أن الجهالة وعدم الاتصال لا يضران الحديث ، فلو سلموا له ذلك لكان الحديث ثابتاً عندهم محتجاً به ، فكيف يقول الشافعي ومثل هذا لا يثبت عندها ولا عندك .

فإن قلت قال الخطابي فقد ضعف أحمد بن حنبل هذا الحديث وقال إن رواية عبد العزيز ليس من الحفظ والإتقان . وقال ابن المنذر لم يروه غير عبد العزيز بن عمر وهو شيخ ليس من الحفظ وقد اضطربت روايته فيه . قلت عبد العزيز هذا من رجال الصحيحين . وقال ابن معين ثقة روى كثيراً . وقال أبو زرعة لا بأس به . وقال نعيم ثقة . وقال ابن عمار ثقة لا خلاف فيه ، وبما ذكرنا سقط اعتراض المعارضين كالبيهقي والخطابي وابن القطان أيضاً ، حيث قال في كتابه وعلاه هذا الحديث الجهل بحال عبد الله بن موهب ، فإنه لا يعرف حاله وقد بينا لك حاله فظهر لك سقوط اعتراضه . ألا ترى أن البخاري ذكر هذا الحديث في الصحيح تعليقا حيث قال في كتاب الفرائض باب إذا أسلم على يديه ويذكر عن تميم الداري ، قال هو أولى الناس به بحياه ومباهته . وقد اختلفوا في صحة هذا الخبر

وهذا يشير إلى العقل والإرث في حالتين هاتين ، ولأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث يشاء والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق . قال وإن كان له وارث فهو أولى منه ، وإن كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوي الارحام ، لأن الموالاة عقدتهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ، ولا بد من شرط الإرث والعقل

حيث لم يحزم بضعفه ، فعبارته تدل على أصل الحديث ، وأما صحته فقد بيناها الآن . قوله بحياة ومماته مصدران مميّزان بمعنى الحياة والموت ، والمعنى هو أحق به في حالة الحياة عقلاً وفي حالة المات إرثاً .

(وهذا) أي هذا الحديث (يشير إلى العقل والإرث في حالتين هاتين) أي إلى العقل عنه حالة الحياة والإرث بعد المات (ولأن ماله حقه فيصرفه إلى حيث يشاء) أي ولأن مال الموالي حقه يصرفه إلى أي جهة شاء ولا حرج عليه (والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق) هذا جواب عن قول الشافعي أن فيه إبطال حق بيت المال ، يعني الصرف إلى بيت المال لضرورة عدم المستحق (لأنه) أي بيت المال (مستحق) لمال الناس لا يقال أن النبي ﷺ قال الولاء لمن أعتق فيفهم من ذلك أن ولاء الموالاة باطل ، لأنه لا معتق له ، لأننا نقول لا نسلم ذلك لأن تخصيص الشيء بذكر لا يدل على نفي ما عداه .

(قال) أي القدوري (وإن كان له) أي الذي وإلى غيره (وارث فهو أولى منه) أي من الذي والاه (وإن كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوي الأرحام ، لأن الموالاة عقدتهما) أي عقد الموالين (فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث) فيقدم عليه .

فإن قيل ينبغي أن يضح في التلث لأنه خالص حقه فيصرفه إلى من يشاء ، وصار في معنى الوصية . أجيب بأنه لو كان بطريق الوصية لقدم على الأب والإبن ، ولا كذلك بالإجماع .

(ولا بد من شرط الارث والعقل) وذلك بأن يقول واليتك على اني إن حييت عقلت عني ، وإن حييت عقلت عنك ، وإن مت ورثتني وإن مت ورثتك (كما ذكر في

كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ، ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة . قال وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية

(الكتاب) أي القدوري (لانه) أي لأن محل واحد من الارث والعقل (بالالتزام) أي يكون بالالتزام ، فلا يصح بدونه (وهو) أي الالتزام (بالشرط) أي يكون بالشرط (ومن شرطه) أي ومن شرط عقد الموالاة ، أي ومن شرط صحته (أن لا يكون المولى من العرب) أراد به المولى الأسفل (لأن تناصرهم) أي تناصر العرب (بالقبائل) أي بالاقارب والعشائر ، لانهم يتناصرون بنسبتهم إلى القبائل (فأغنى عن الموالاة) لكون التناصر بالقبائل أكد من نصرة الموالاة ، لانه لا يلحقه الفسخ .

فان قلت التناصر حكمه وهو لا يراعى في كل فرد ، وإنما يراعى في الجنس كما في الاستبراء ، فان الحكمة فيه فراغ الرحم ، وإنما تعتبر في الجملة لا في كل فرد ، حتى وجب الاستبراء فيمن اشترى من امرأة أو المشتري أمة صغيرة . قلت التناصرة علة لا حكمة . فان قلت إن العلة شيء موجود ، والتناصر قد يوجد وقد لا يوجد . قلت إنه علة . قلت أقننا السبب الظاهر مقام ذلك ، ومن جملة الشروط العقل ، حتى لو أسلم على يد صبي والاه لا يصح ، لان الصبي ليس من أهل النصرة وليس من أهل الالتزام أيضاً . وكذا لو والى رجل عبداً لم يحز إلا أن يكون باذن المولى ، لانه عقد التزام بالنصرة ، والعبد لا يملكه بنفسه إلا باذن سيده . ولو والى صبياً باذن أبيه أو وصيه يصح ، لان عبارته إذا كان يعقل معتبرة في العقود باذن وليه يصح عقد ولائه كالباع ، كذا في المبسوط . وفي المكاتب روايتان في رواية يصح ويكون ولاؤه لمولاه ، وفي رواية لا يصح لانه عبد ، كذا في المحيط .

(قال) أي القدوري (وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه) أي وللمولى الأسفل الانتقال من الذي والاه إلى غيره ما لم يعقل الذي والاه عنه ، أي عن المولى الأسفل (لانه) أي لان عقد الموالاة (عقد غير لازم بمنزلة الوصية) فحينئذ له

وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم ، إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحض من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً ، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول ،

الرجوع كما في الوصية (وكذا للأعلى) أي وكذا للمولى الأعلى (أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم) لما ذكرنا أنه عقد لازم . وقال الحاكم في كافييه رجل والى رجلاً فله أن يتحول عنه ما لم يعقل عنه ، وله أن ينقضه بمحضته ، وكذلك للرجل أن يتبرأ من ولائه ما لم يعقل عنه ، فإذا نقض أحدهما الولاء بغير محضر من صاحبه لم ينتقض إلا أن يوالي الأسفل آخر ، فيكون ذلك نقضاً وإن لم يحضر صاحبه . وفي التحفة فإذا عقل عنه لا يقدر أن يتحول إلى غيره وصار العقد لازماً إلا إذا اتفقا على النقض .

(إلا أنه يشترط في هذا) أي في فسخ عقد المولاة . وقال تاج الشريعة أي في انتقال الولاء إلى غيره وتبرؤ الأعلى عن الولاء الأسفل (أن يكون بمحض من الآخر) المراد بالمحضر العلم حتى إذا وجد العلم بلا حضور كان كافياً (كما في عزل الوكيل قصداً) حيث لم يصح إلا بالعلم لأنه يؤدي إلى الغرور ، فانه ينصرف على حساب أنه وكيل فيصير ضامناً ، كذا ها هنا متى فسخ الأسفل عقد المولاة بغير محضر من الأعلى ليصير الأعلى مغروراً ، لأنه ربما يموت الأسفل فيظن أنه وارثه فيصرف فيضمن ، وكذلك الأعلى إذا فسخ بغير حضرة الأسفل ، لأن الأسفل إذا لم يعلم به يعتق عبيده على حساب أن عقل عبيده على موالاه لم يجب عليه فيشترط علمهما .

فان قلت لم قيد بقوله قصداً . قلت لأن عزل الوكيل بدون علمه يجوز ضمناً ، فكذا عقد الولاء يفسخ بدون العلم ضمناً لا قصداً ، لا يقال في عزل الوكيل قصداً يتضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الموكل ، وها هنا لا يتضرر أحد ، لأننا نقول سبب الاشتراط ها هنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر ، فان العقد بينهما وفي تفرد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه ، وإلزام شيء على الآخر من غير علم به ضرر لا محالة ، لأن فيه جعل عقد الرجل البالغ كالعقد ، وفي إبطال فعله بدون علمه .

(بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول) أي من المولى الأعلى

لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة . قال وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره لأنه تعلق به حق الغير ولأنه قضى به القاضي ، ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة ، وكذا لا يتحول ولده

حيث يجوز هذا (لأنه) أي لأن عقد الأسفل مع غيره (فسخ حكمي) لأن انتقاض العقد في حق الأول ضرورة صحة العقد مع الثاني ، فصار (بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة) حيث يجوز كما ذكرنا .

فإن قيل لماذا يحمل صحة العقد مع الثاني موجهه فسخ العقد الأول . أجيب بأن الولاء كالنسب ، والنسب ما دام ثابتاً من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء ، فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول .

(قال) أي القدوري (وإذا عقل عنه) أي المولى الأعلى إذا عقل عن المولى الأسفل (لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره لأنه) أي لأن الشأن (تعلق به حق الغير) أي تعلق بولاية حق الغير وهو المولى الذي والاه أولاً (ولأنه قضى به القاضي) أي ولأن الشأن قضى بموجب الجناية على القاضي الولي الذي عقل عنه ، فتأكد به الولاء ، ولأن القضاء بموجب الشيء قضاء بتقريره ذلك الشيء . وإن كان كذلك صار بمنزلة المجمع عليه بعد أن كان مجتهداً فيه ، فنقد عند الكل فلا يفسخ .

(ولأنه بمنزلة عوض ناله) أي ولأن عقل المولى عنه صار بمنزلة عوض مال المولى الأسفل (كالعوض في الهبة) فإن الموهوب له إذا عوض للواهب عن هبة لم يبق له الرجوع فكذلك هذا (وكذا لا يتحول ولده) أي إذا كان للمولى الأسفل ولد لم يكن لولده أن يتحول إلى غير المولى الأعلى لتعلق حق ثبت له في ولاء ابنه وهو يحمل العقد عن أبيه . وفي المبسوط لا يتحول الولد بعد الكبر إلى غيره ، لأن ولاء الأب تأكد بمقتل الجناية فأكد التبعية بتأكده الأصل ، فكما ليس للأب أن يتحول بعدما عقل ، فكذا ليس لولده ذلك إذا كبر .

وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأتاهما
في حق الولاء كشخص واحد . قال وليس لمولى العتاقة أن يوالي
أحدأ لأنه لازم ومع بقاءه لا يظهر الأدنى .

(وكذا إذا عقل عن ولده) أي كما لا يجوز أن يتحول إذا عقل عن المولى الأعلى
عنه ، فكذا لا يجوز له التحول إذا عقل ولده (لم يكن لكل واحد منهما) أي من الوالد
والولد (أن يتحول) أي التحول إلى غيره (لانهما في حق الولاء) أي لان المولى الأعلى
والمولى الأسفل وولده (كشخص واحد) حكماً ، فكما لا يجوز للوالد التحول
فكذا لولده .

(قال) أي القدوري (وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحدأ ، لانه لازم) أي لان
ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقص ، لان سببه العتق وهو لا يحتمل النقص بعد ثبوته
كالنسب ، وإذا لم يبطل فلا يفيد عقد الموالاة ، لان الموالاة أدنى (ومع بقاءه) أي مع
بقاء ولء العتاقة (لا يظهر الأدنى) أي عقد الموالاة ، ألا ترى أن ولء العتاقة والموالاة
إذا كانا شخصين تقدم ولء العتاقة في الإرث ، فدل على أنه لا حكم له مع وجود
ولء العتاقة .

فوائد : ولو والت امرأة رجلاً فولدت ولداً لا يعرف أبوه يدخل الولد في ولاتها تبعاً ،
وكذا إن أقرت أنها مولاة فلان وفي يدها طفل لا يعرف أبوه يدخل الولد في ولاتها تبعاً
عند أبي حنيفة في الصورتين خلافاً لهما فيها . وفي المحيط وإلى ذمي مسلم أو ذمياً جاز
وهو موالاة ولو أسلم على يد مولى ووالاه هل يصح لم يذكره في الكتاب . واختلفوا
قبل يصح وقبل لا يصح .

والى رجلاً ثم ولد له من امرأة والت آخر فولد الولد لمولى الأب وكذا إن والت
وهي حبلى ، بخلاف ما إذا أعتقت وهي حبلى فولد الولد لقوم أمه ، والله أعلم بالصواب .

★ ★ ★

كتاب الإكراه

الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما يوعد به سلطاناً كان أو لاصاً ، لأن الإكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره

(مكتاب الإكراه)

إنما ذكره عقيب كتاب الولاء لاشتغال كل منهما على التفسير ، فان الموالاة تفسير حال المولى الأعلى عن حرمة أكل مال المولى الأسفل بعد موته إلى حله ، والإكراه بغير حال المكروه من الحرمة إلى الحل وهو مصدر أكرهه إذا حمله على أمر يكرهه ولا يريد. والكره بالفتح والضم إسم ، وفي الشرع هو ما ذكره المصنف بقوله لان الإكراه اسم لفعل يفعل المرء بغير فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته . وفي الإيضاح هو فعل يوجد من المكروه فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه . وفي الوافي هو عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدد به ويكره على أمر بحيث ينتفي به الرضاء .

(الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما يوعد به) أي خوفه (سلطاناً كان أو لاصاً) لان تحققه يتوقف على خوف المكروه تحقيق ما توعد به لا يخاف الا اذا كان المكروه قادراً على ذلك ، ولا فرق بين السلطان وغيره عند تحقيق القدر (لان الإكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره فينتفي به رضاه) أي فيما يصير آلة كالبيع (أو يفسد به اختياره) أي فيما لا يصير آلة له كالاتلاف ، وذلك بأن يكون الإكراه كاملاً بأن يكون بالقتل أو القطع ، أو في الرضاء ويفسد الاختيار لتحقيق الإيحاء اذا الانسان يحتوي على حب الحياة فيفسد به الاختيار ويظهر المقاومة في الاحكام ، فان الإكراه بالحبس

مع بقاء أهليته ، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما يوعد به ، وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة ، والذي قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان ، لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة ، فقد قالوا

والقيد على اجراء كلمة الكفر لا يثبت الرخصة والاكراه بالقتل أو القطع يلتفتها (١)
(مع بقاء أهليته) هذه اشارة الى أن الإكراه لا يسقط عن المكره الخطاب بالأهلية وهي باقية . واذا كانت الأهلية ما يثبت كان المكره مخاطباً . قال تاج الشريعة مع بقاء أهليته ، أي للشواب والعقاب ، لأن فساد الاختيار لا يمنع الأهلية .

(وهذا) اشارة الى ما ذكره من قوله لأن الاكراه الى آخره (انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما يوعد به) بضم الياء على صيغة المجهول . وفي بعض النسخ ما توعد به (وذلك) أي ما ذكرنا من الشرائط (انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة) سيان بكسر السين أي مثلاً وهو ثنية سي والجمع سواء (والذي قاله أبو حنيفة الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان ، لما أن المنعة له) بتحريك النون ، يقال فلان في عز ومنعة ، يعني يمنع أهله وعشيرته ، يعني يحوطهم وينصرم . وعن ابن السكيت وقد تسكت النون . وكذا قيل الملك لا يكون ملكاً إلا بالمنعة ، وهي شرط للملك كالوضوء للصلاة . ويحوز أن تكون المنعة جمع مانع ، يعني له منعة يمنعون من يخالفه أو من يريد بالسواء .

(والقدرة لا تتحقق بدون المنعة) لما أن المنعة شرط للقدرة ، والمشروط لا يتحقق بدون الشرط ، وهذا كما رأيت حقق الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ، وكذا حققه خواهر زاده في مبسوطه وذكر الطحاوي في مختصره قول أبي يوسف مع أبي حنيفة . وقال الاسيبي في شرحه وقول أبي يوسف مع محمد في ظاهر الرواية (فقد قالوا) أي المشايخ

(١) هكذا سياق الكلام في الاصل .

هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ، ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقيق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل . قال وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤجر داره وأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع ، وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع ، لأن من شرط

(هذا) أي الذي ذهب إليه أبو حنيفة . وفي بعض النسخ هو (اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان) لأن مناط الحكم القدرة (ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله) لقوله ~~لا يأتي زمان~~ لا يأتي زمان إلا والذي بعده شر منه ، فإذا كان الزمان شرا يكون أهله أشرار .

(ثم كما يشترط قدرة المكره) بكسر الراء (لتحقيق الإكراه يشترط خوف المكره) بفتح الراء (وقوع ما يهدد به) أي بالذي يهدد (وذلك) إشارة إلى قوله خوف المكره وقوع ما يهدد به (بأن يغلب على ظنه أنه) أي المكره بكسر الراء (يفعله) أي يفعل ما يهدد به (ليصير به) أي ليصير المكره بالفتح بما يغلب على ظنه (محمولا) أي مضطرا (على ما دعى إليه من الفعل) الذي هدده به .

(قال) أي القدوري (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤجر داره وأكره على ذلك) أي على ما ذكر من البيع والشراء والإقرار والإجارة (بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس) أراد به الحبس المديد ، فإن حكم الجنس بيوم سيجيء (فباع أو اشترى) أو أقر أو أجر ثم زال الإكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع ، لأن من شرط صحة

صحة هذه العقود التراضي ، قال الله ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ٢٩ النساء ، والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضاء فتفسد ،

هذه العقود (أى البيع والشراء والإقرار والإجازة) التراضي ، قال الله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ٢٩ النساء .

فإن قلت الآية وإن أثبت الحرمة بدون الرضاء ولكن مطلق قوله ﴿ وأحل الله البيع ﴾ يوجب الجواز بدون التراضي . قلت البيع لغة مبادلة المال بالتراضي ، والأصل ورد الشرع على وفاق الحقيقة ، ولأنه مخصوص محض بدون الرضى .

فإن قلت هذا بمنزلة الشرط وأنه يقتضي الوجود عند الوجود أما لا يقتضي العدم عند العدم ، كما في قوله تعالى ﴿ من فتياتكم المؤمنات ﴾ ٢٥ النساء . قلت أول الآية ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ واستثنى منه التجارة بالتراضي ، فيبقى غيره في صدر الكلام يوضحه أن المستثنى لما كان بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف التراضي وهو المكروه ، وهذا كقوله ﴿ لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء أى كيلا بكييل ، فلما استثنى البيع الجائز مع الكيل علم أن المستثنى منه بيع الكيل أيضاً ، فصار كأنه قال لا تأكلوا أموالكم بينكم بالتجارة وباطلة كرهاً ، حتى يكون عن تراض فيكون الرضاء شرطاً ولكن لا ينعدم به أصل البيع .

فإن قلت ينبغي أن يكون البيع باطلاً بقوله ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ ٢٥ النساء ، قلت المراد من قوله بالباطل أى بما لم تبعه الشريعة من نحو السرقة والخيانة والنصب والفساد وعقود الربا . وقوله عن تراض صفة التجارة ، أى تجارة صادرة عن تراض ، وخص التجارة بالذكر لأن أسباب الرزق أكثرها يتعلق بها ، والتراضي رضى المتبايعين بما تعاقدا عليه في حال البيع وقت الإيجاب والقبول ، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله . وعند الشافعي تفرقها عن مجلس العقد متراضين .

(والإكراه بهذه الأشياء) يعنى بالبيع وأخواته (يعدم الرضاء فتفسد) أى هذه العقود المذكورة . لأن انتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط ، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط ، هذا يتصل بقوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضاء .

بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم ، لأنه لا يبالى به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه ، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستتضر به لفوات الرضاء وكذا الإقرار حجة

(بخلاف ما إذا أكره) على البيع أو الشراء أو الإقرار أو الإجارة (بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم) حيث لا يكون إكراهاً (لأنه لا يبالى به) بفتح اللام ، أى لا يلتفت إلى مثل هذه الأشياء ، (بالنظر إلى العادة) فان الرجل قد يقيم في المنزل يوماً أو يومين بالاختيار من غير أن يثقل عليه ، وكذا ضرب سوط ، لأن هذا القدر يعيب به ويؤدب به الصغير ، والإنسان يجعل القيد في رجله ثم يعيش مشبهاً بالقيد والحبس الذي هو إكراه ما يحى منه الإعتماد البين والضرب الذي هو الإكراه ما يوجد منه الألم الشديد ، وذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع إليه ذلك ، لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس (فلا يتحقق به الإكراه) أى إذا كان الأمر كذلك فلا يتحقق به الإكراه .

(إلا إذا كان الرجل) الذي أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم (صاحب منصب) بفتح الميم وكسر الصاد ، وهو في اللغة الأصل ، وأراد به هنا أن يكون ذا جاه (يعلم أنه يستتضر به) أى بضرب سوط واحد ونحوه ، كما يتضرر واحد من أوساط الناس بالضرب الشديد ، فحينئذ يكون ذلك إكراهاً وذلك كالقاضي وعظيم البلد ، فان مطلق القيد والحبس إكراه في حقه ، حتى لو توقع به وهو رجل وجيه كان ذلك إكراهاً ، وبه قال بعض الشافعيين ومالك وأحمد « رح » في رواية . وقال في رواية الوعيد ليس بإكراه . وعن شريح القيد والوعيد إكراه والضرب والشتم باختلاف أحوال الناس ، حتى قال بعض المشايخ لو عذب إذن واحد من أشرف الناس في مجلس السلطان يكون مكرهاً (لفوات الرضاء) فإذا فات الرضاء ثبت الإكراه لوجود العلة .

(وكذا الإقرار حجة) هذا عطف على قوله والاكراه بهذه الأشياء بعدم الرضاء فيفسد ، أى والاقرار أيضاً يفسد بالاكراه بهذه الأشياء ، وذلك لأن الاقرار إنما صار

لترجيح جنبه الصدق فيه على جنبه الكذب ، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً ثبت به الملك عندنا ، وعند زفر د رح ، لا يثبت لأنه يبيع موقوف على الإجازة ، ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله والفساد انفق شرطه وهو التراضي ، فصار كسائر الشروط المفسدة

حجة في غير الإكراه (لترجح جنبه الصدق فيه على جنبه الكذب) أراد أن الإقرار في نفسه دأثر بين الصدق والكذب ، لأنه اختيار ، ولكن يترجح الصدق حال الطوعية بدلالة الحال ، إذ الظاهر أن الإنسان لا يكذب على نفسه (وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة) والشراء لاظهار ما كان عليه فلا يكون حجة ، بخلاف ما إذا أكره على الإقرار بأن يضرب سوطاً ويحبس يوماً فأقر فهو إقرار كما في المبيع إذا كان المكره صاحب منصب كما ذكرنا .

(ثم إذا باع مكرهاً وسلم) أى المبيع حال كونه (مكرهاً ثبت به الملك عندنا) أى يثبت بالإكراه الملك الفاسد عند أصحابنا الثلاثة (وعند زفر لا يثبت) أى الملك (لأنه يبيع موقوف على الإجازة ، ألا ترى أنه) أى المكره بفتح الراء (لو أجاز) أى البيع (جاز الموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك) عند الثلاثة لا يجوز . ولو أجاز كالبيع بشرط الخيار ، وكذا عند الثلاثة إلا أن عندنا لا يكون موقوفاً بل باطل .

(ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله) لأن الإيجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المال (والفساد) أى فساد البيع (لفقد شرطه وهو التراضي) قال الله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ وتأثير انتفاء الشرط في فساد المقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا (فصار) أى الإكراه (كسائر الشروط المفسدة) إنما ألحقه بالشروط المفسدة لأن خلو البيع عنها شرط صحة البيع فكذا خلو البيع عن الإكراه .

فيثبت الملك عند القبض ، حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً
لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة ،
وبإجازة المالك يرتفع المفسد

فاعلم ان بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث انه يتوقف على اجازة المالك
فلهشبهه به يعود جائزاً إذا أجاز في أي وقت شاء ويشبه البيع الفاسد من حيث صدوره
من المالك وانعدم شرط الجواز وهو الرضاء ، فيفيد الملك بعد القبض ، وإنما عملنا هكذا
إذ لو أظهرنا شبه الوقوف في عدم الملك لا يبقى لشبهة الآخر عمل فيعمل العمل بالشبهين لا
يقال لو كان بمنزلة البيع الفاسد لما عاد إلى الجواز بالإجازة كما في البيوع الفاسدة ، لأن النفاذ
لسقوط الفساد وانه لم يتحكم .

فإن قلت ينبغي أن لا يثبت الملك بعد القبض كما في البيع بشرط الخيار مع وجود
الرضاء بالعقد . قلت إنما لا يثبت الملك ثمة لاختلاف الشرط عن الفائدة ، وهنا ما وجد
الشرط فيثبت الملك .

فإن قلت بيع الهازل لا يفيد الملك وانه كالبيع الذي نحن فيه من حيث صدورها من
المالك مع عدم الرضاء ، فينبغي أن لا يثبت الملك ، قلت الهازل لا يكون مختاراً لثبوت
الملك للمشتري ، أما هنا المكره قد أكره على بيع يثبت الملك ، فأقدمه على ذلك يدل
على اختياره ثبوت الملك للمشتري إذ لم يكن مختاراً لذلك لما أتى بها أكره هو عليه .

(فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه) أي المشتري من المكره بالفتح (وأعتقه
أو تصرف فيه) أي في المبيع (تصرفاً لا يمكن نقضه) كالتدبير والاستيلاد (جاز
ويلزمه القيمة) أي جاز تصرف المشتري وتلزمه قيمة المبيع ، وكذا الحكم في الهبة
تلزمه القيمة . وفي الذخيرة المالك بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمته يوم سلمه إلى المشتري
أو الموهوب له ، وإن شاء ضمن المشتري والموهوب له (كما في سائر البياعات الفاسدة)
حيث يلزم فيها القيمة بعد القبض والتصرف اللازم (وبإجازة المالك يرتفع المفسد) هذا
جواب عما يقال لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزاً بالإجازة لمن . وتقرير

وهو الإكراه وعدم الرضاء فيجوز إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائع بذلك ، بخلاف سائر البياعات الفاسدة ، لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته ، أما ما هنا الرد لحق العبد وهما سواء ، فلا يبطل حق الأول لحق الثاني . قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيع المكره

الجواب أن بإجازة المالك يرتفع المفسد (وهو الإكراه وعدم الرضاء فيجوز) بخلاف سائر البياعات الفاسدة ، لأن المفسد فيها باق (إلا أنه) استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة ذكره للفرق بين الإكراه والبيع الفاسد . ضمير في أنه للشأن (لا ينقطع به) أي بسبب الإكراه (حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي) ما لم يتصرف المشتري فيه تصرفاً لازماً لا يمكن نقضه (ولم يرض البائع بذلك) أي والحال أن البائع لم يرض بذلك . (بخلاف سائر البياعات الفاسدة) حيث ينقطع فيها حق الاسترداد إذا تداولته الأيدي (لأن الفساد فيها لحق الشرع) لأنه أقدم على ما ناه عنه (وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد ، وحقه مقدم لحاجته) وغنى صاحب الشرع (أما ما هنا) أي في مسألة الإكراه (الرد لحق العبد) وهو المكره ، وأنه باق بعد البيع الثاني والثالث (ومما سواء) أي البائع المكره والمشتري منه الذي باعه لآخر شيئان في الحق (فلا يبطل حق الأول) وهو البائع المكره (لحق الثاني) أي لأجل حق الثاني وهو المشتري منه الذي باعه لآخر ، وكذا الحكم في الثالث والرابع وهلم جرا . وفي الذخيرة البيع حصل بتسليط البائع الأول . وفي البياعات الفاسدة ، وما هنا ما حصل بتسليط المكره وهذا فرق جيد .

(قال رضي الله عنه) أي صاحب الهداية (ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيع المكره) وأراد به بيع الوفاء ، وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت هذا

حتى ينقض بيع المشتري من غيره ، لأن الفساد لفوات الرضاء .

ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً

بالحال . ومشايخ سمرقند « رح » جعلوه بيعاً جائزاً

منك بمالك علي من الدين على أي متى قضيت الدين فهو لي . وقال تاج الشريعة صورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا المعين بكذا على أي لو دفعت إليك الثمن تدفع العين إلي . أو تقول بعت منك هذا بمالك من الدين على أي متى قضيت الدين فهو لي ، فقوله ومن موصلة تتضمن معنى الشرط ، وقوله جعل البيع ... إلى آخره صلتها . وقوله بيعاً فاسداً مفعول ثان للقول جعل البيع . وقوله يجعل في محل الرفع على أنه خبر لقوله من وهم مشايخ بخاري ، فانهم جعلوا هذا البيع كبيع المكروه (حتى ينقض بيع المشتري من غيره ، لأن الفساد لفوات الرضاء) كما في بيع المكروه عليه .

(ومنهم) أي ومن المشايخ كالقاضي الامام السند أبو شجاع السمرقندي والقاضي علي السعدي والقاضي الامام أبو الحسن الماتريدي وشيخ الاسلام عطاء وحمزة وغيره (من جعله) أي البيع المذكور (رهناً لقصد المتعاقدين) لأنهما قصدا أن يكون البيع محبوساً بالثمن المؤدى إلى حين رد الثمن إلى المشتري ، فكان رهناً معنى ، لأنها وإن سميا بيعاً لكن غرضهما الرهن والمبرة للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع إلا باذن مالكة وهو ضامن كما أكل من ثمرة واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاك في يده إذا كان وفاء بالدين ، ولا ضمان عليه في الزيادة إذا هلك بغير صنعه وللبائع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن .

(ومنهم) أي من المشايخ (من جعله باطلاً اعتباراً بالحال) لأنها تكلموا بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضى صاحبه . ولو أجاز أحدهما لم يجوز على صاحبه والحال أيضاً راض بمباشرة السبب لكنه غير راض ولا يختار لحكمه فكان كخيار الشرط مؤبداً فالعقد فاسد غير موجب للملك .

(ومشايخ سمرقند جعلوه بيعاً جائزاً) قال الامام نجم الدين النسفي اتفق مشايخنا في

مفيداً لبعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه . قال فإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع لأنه دليل الإجازة كما في البيع الموقوف ، وكذا إذا سلم طائعاً بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع ، لأنه دليل الإجازة .

هذا الزمان على صحته بيعاً كان عليه بعض السلف لأنهما تلفظا بلفظ البيع ، والمعبرة للملفوظ دون المقصود ، فمن تزوج امرأة بقصد أن يطلقها بعدما جامعها صح العقد ، يعني لم يكن متعة ، كذا في الفصول للاستروشي . وذكر في فتاوى قاضي خان والامام ظهير الدين والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً ، ثم ينظر إن كانا ذكرنا شرط الفسخ في البيع فسد البيع ، وإن لم يذكرنا وتلفظا بالبيع جاز . وعندما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم ، فكذلك أى فاسد . وإن ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد ، لأن المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازماً لحاجة الناس (مفيداً لبعض الأحكام) هو الانتفاع به دون البعض ، وهو المبيع والهبة من آخره . واختار المصنف هذا القول ، وأشار إليه بقوله البيع الجائز معتاد (على ما هو المعتاد عندهم للحاجة إليه) أى لحاجة الناس إليهم ، لأنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه فلا يميزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشتري ، وبقي المشتري يرد البيع إلى البائع أيضاً ولا يمتنع عن الرد ، فلهذا سموه بيع الوفاء لأنه وفى بما عاهد من رد المبيع .

(قال) أى القدورى (فان كان قبض) أى البائع المكروه (الثمن طوعاً) أى حال كونه طائعاً (فقد أجاز البيع ، لأنه دليل الإجازة كما في البيع الموقوف) إذا قبض المالك الثمن كان إجازة ودلالة تقوم مقام الإجازة (وكذا إذا سلم طائعاً) أى وكذا تكون إجازة إذا سلم المشتري المكروه المبيع حال كونه طائعاً (بأن كان الإكراه على البيع) أى على نفس العقد (لا على الدفع) أى دفع المبيع إلى البائع يعني إذا أكره على البيع دون دفع المبيع فدفع طائعاً جاز البيع (لأنه دليل الإجازة) .

بخلاف ما إذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلاً لأن مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع ، وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع . قال وإن قبضه مكرهاً فليس ذلك بإجازة وعليه رده إن كان قائماً في يده لفساد العقد .

(بخلاف ما إذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب فدفع) أي العين الموهوبة إلى الموهوب له (حيث يكون باطلاً) أي حيث يكون العقد فاسداً يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أن أصلنا إفساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض ، فان تصرف فيه بعد تصرفه وعليه ضمان قيمتها (لأن مقصود المكره) بكسر الراء ، وفي بعض النسخ مقصود الإكراه ، والأول أصح ، وهذا إشارة إلى الفرق بين مسألتي الإكراه على البيع والاكراه على الهبة ، تقريره أن مقصود المكره (الاستحقاق) أي ما يتعلق به الاستحقاق ليتضرر به المكره (لا مجرد اللفظ) يعني لا صورة للعقد (وذلك) إشارة إلى الاستحقاق (في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد) تقريره أن ما يتعلق به الاستحقاق إنما يكون في الهبة بالدفع إلى الموهوب له معنى لا يكون من غير قبض (على ما هو الأصل) يعني الأصل في البيع أن يثبت الاستحقاق من غير قبض (فدخل الدفع) أي إذا كان الأمر كذلك فوقع الدفع (في الاكراه على الهبة) يعني كان الاكراه على الهبة إكراهاً على الدفع نظراً إلى مقصود المكره وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وإزالة الملك ليتضرر به (دون البيع) حيث لا يكون الاكراه على المبيع إكراهاً على الدفع أي الاقباض ، فيكون الدفع على اختيار منه فيدل على الاجازة .

(قال وإن قبضه مكرهاً) أي بأن قبض المشتري الثمن حال كونه مكرهاً (فليس ذلك بإجازة وعليه) أي على المكره (رده) أي رد الثمن (إن كان قائماً في يده لفساد العقد) فيكون الثمن أمانة عند المكره لأنه كذلك ، لأنه كان مكرهاً على قبضه . وإن كان مالكا فلا شيء عليه لأنه ملك أمانة .

قال وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكروه ضمن قيمته للبائع ، معناه والبائع مكروه لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد ، وللمكروه أن يضمن المكروه إن شاء لأنه آله له فيما يرجع إلى الإلتلاف فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب ، فلو ضمن المكروه رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وإن ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود ،

(قال وإن ملك المبيع في يد المشتري وهو غير مكروه ضمن قيمته للبائع لأنه قبضه للتملك (معناه) أي معنى قول القنطوري وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكروه ، أي والحال أنه غير مكروه (والبائع مكروه لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد) لعدم الرضى ، وما كذلك فهو مضمون بالقيمة (وللمكروه) بفتح الراء (أن يضمن المكروه) بكسر الراء (إن شاء ، لأنه) أي المكروه (آله له) أي للمكروه (فيما يرجع إلى الإلتلاف) وإن لم يصلح آله له من حيث أنه كلام ، لأن التكلم بلسان الغير لا يصح (فكأنه) قال أي فكأن المكروه (دفع مال البائع إلى المشتري) أي أراد به البائع المكروه بفتح الراء (فيضمن) أي المكروه بالفتح (أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب) حيث يتخير المال في تضمين أيهما شاء .

(فلو ضمن المكروه) أي فلو ضمن المكروه بالفتح المكروه بالكسر (ورجع على المشتري بالقيمة) أي رجع المكروه بالكسر على المشتري بقيمة المقبوض (لقيامه مقام البائع) أي لقيام المكروه مقام البائع بأداء الضمان ، لأن المضمون يصير ملكاً للضامن من وقت سبب الضمان . (وإن ضمن المشتري) يعني وإن ضمن المكروه بالفتح ، أي مشترك كان بعدم الأول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود) أي تناولته . وقال الأتزازي يعني في صورة الغصب إذا تداولت الأيدي وتناسخت العقود بأن باع هذا من ذلك وذلك من

لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ، ولا ينفذ ما كان قبله ،
لأن الاستناد إلى وقت قبضه ، بخلاف ما إذا أجاز المالك
المكره عقداً منها حيث يجوز ما قبله وما بعده ، لأنه أسقط حقه
وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز ، والله أعلم .

آخر ثم ضمن المالك المشتري الثاني مثلاً نفذ كل شراء بعد شراء الثاني لأنه ملك بالزمان
فتعين أنه باع ملك نفسه ولا ينفذ ما كان بالشراء قبل الشراء الثاني ، لأن اسناد الملك
إلى وقت للضمان لا غير ، بخلاف البائع المكره إذا جاز بعض العقود ينفذ الكل ، لأن
العقود موقوفة على الإجازة ، فلما وجدت جاز الكل .

قال طاج الشريعة إذا تداولته الأيدي وضمن البائع المشتري نفذ كل شراء كان بعد
شرائه ، لأن المشتري حينئذ باع ملك نفسه وكذلك لو ضمنه مشترياً آخر من هؤلاء
المشتريين ينفذ كل شراء كان بعد شرائه دون ما كان قبل شرائه . وفي الكافي فإن ضمن
أحد المشتريين وقد تناسخته العقود ، أي تداولته نفذ كل شرائه بعد شرائه ولا ينفذ ما كان
قبله ، أي قبل شراء المشتري أو قبل الضمان .

(لأنه) أي لأن المشتري (ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه) أي ملك نفسه
(ولا ينفذ ما كان قبله) أي قبل شراء المشتري أو قبل الضمان (لأن الاستناد إلى وقت
قبضه) أي استناد ثبوت الملك إلى وقت قبضه فقط .

(بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقداً منها) أي من العقود التي تناسختها الأيدي
(حيث يجوز ما قبله وما بعده) لأنه (أسقط حقه) جواب عما يقال ما الفرق بين
القيمتين مشترياً وإجازة عقداً منها حيث اقتصر النفاذ ما هنا على ما كان بعده وعم الجمع
هنالك ، وتقديره أن المالك أسقط حقه ، يعني في صورة الإجازة (وهو) أي حقه هو
(المانع ، فعاد الكل إلى الجواز والله أعلم) نظيره اشترى داراً ولما شفيع فباع المشتري
حق تناسخته العقود وأجاز الشفيع واحداً منها فإنه يجوز الكل ، وكذا الراهن باع حق
تناسخت العقود ثم أجاز المرتهن واحداً من العقود فإنه يجوز الكل ، بخلاف الفضولي

فصل

وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر فأكره على ذلك
بجس أو بضرب أو قيد لم يحل له

إذا باع وتناسخت البيوع وأجاز المالك ، ولهذا يجوز ما أجاز بهينه ، لانه باع كل واحد
منهم ملك غيره ، وهنا باع كل واحد ملكه .

فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المصوب منه ، فانه اذا أجاز بيعاً
من البيوع نفذ ما أجاز به خاصة . أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه بكل بيع من هذه
البيوع توقف على إجابته لمصادفته ملكه فيكون اجازته أحد البيوع تمليكاً للعين من
المشترى بحكم ذلك البيع ، فلا ينفذ ما سواه . وأما المشتري من المكره نفذ ملكه
بالبيع من كل شراء صادف ملكه ، وانما توقف نفوذه على سقوط حكم المكره في
الاسترداد وفي هذا لا يفترق الحال بين اجازته البيع الاول والآخر ، فلماذا أنفذ البيوع كلها
باجازة عقدائها .

(فصل)

لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الإكراه الواقع في
حقوق الله ، وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجة .

(وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر فأكره على ذلك بجس أو بضرب أو
قيد) أراد بالضرب الضرب الحقيق الذي لا يخاف منه تلف نفس أو تلف عضو (لم يحل
له) أي الاقدام على ذلك . وفي المبسوط كل ضرب لا يخاف منه تلف نفس أو عضو في
أكبر الرأي لا يحل ، لأن غالب الرأي يقام مقام الحقيقة . وقد قال بعض العلماء في ذكر
أدنى الحد أربعين ، حتى لو تهدد بأقل من أربعين منها لم يحل الاقدام على ذلك ، لأن
ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير ، والتعزير يقام على وجه يكون زاجراً لا متلفاً .
ولكننا نقول نصب المقدار بالرأي لا يكون ولا نص في التقدير هنا ، وأحوال الناس مختلفة
في أحوال بدنهم ، فلا طريق سوى رجوع المكره إلى غالب رأيه . فإن وقع غالب رأيه

إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ،
 فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه ، وكذا
 على هذا الدم ولحم الخنزير ، لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح
 عند الضرورة كما في حالة الخمصة لقيام المحرم فيما ورائها ولا
 ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو ، حتى لو خيف على
 ذلك بالضرب الشديد وغلب على ظنه ذلك يباح ولا يسعه أن يصير
 على ما توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم ،
 لأنه لما أبيح

أنه متلف نفساً له أو عضواً يحل له الاقدام ، والأول في الذخيرة . ولو هدد بضرب سوط
 أو سوطين فهو لا يعتبر إلا أن يقول لأضربنك على عينك أو على مذاكيرك .

(إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، فإذا خاف على ذلك
 وسعه أن يقدم على ما أكره عليه ، وكذا على هذا) أي وكذا الحكم على ما ذكر (الدم
 ولحم الخنزير) يعني إذا أكره على شرب الدم وأكل لحم الخنزير لا يحل الاقدام إلا إذا
 خاف على نفسه أو على عضو من أعضائه (لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة
 كما في حالة الخمصة) فإنه تعالى استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله ﴿ إلا ما اضطررتم ﴾
 ١١٩ الأنعام ، وقال ﴿ فمن اضطر في مخمصة ﴾ ٣ المائدة ، يتحقق بالاكراه (لقيام المحرم
 فيما ورائها) أي فيما وراء الضرورة (ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو ،
 حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد) أي التلف (وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا
 يسعه ان يصير على توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به) أي قتلوه أو أتلفوا عضوه (ولم
 يأكل فهو آثم) أي في ظاهر الرواية ، وكذا هذا فيمن أصابته مخمصة ، وبه قال الشافعي
 « رح » في قول صحيح وأحمد في رواية ومالك (لأنه لما أبيح) من حيث أن حرمة هذه
 الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو الغرض أو حفظ ذلك مع فوات

كان بالامتناع معاونا لغيره على إهلاك نفسه فيأثم كما في حالة الخمصة . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يأثم لأنه رخصة ، إذ الحرمة قائمة فكان آخذاً بالعزيمة . قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم ، فكان إباحة لا رخصة ، إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة ، لأن انكشاف الحرمة خفاء

النفس غير ممكن (كان بالامتناع) عن الاقدام (معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة الخمصة) .

(وعن أبي يوسف أنه لا يأثم) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية (لأنه رخصة) أي لأن الاقدام على ذلك رخصة (إذ الحرمة قائمة) أي إذ الحرمة بصفة أنها ميتة أو خمر قائمة . فاذا امتنع عن ذلك (فيكون آخذاً بالعزيمة) فلا يأثم .

(قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص) هذا منع لما قاله أبو يوسف ، تقريره لا نسلم أن الحرمة قائمة ، لأن الله تعالى استثنى حالة الاضطرار وقال ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ ١١٩ الانعام (وهو) أي الاستثناء دل عليه قوله مستثناء (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) يعني الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ، فكان البيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام (فلا محرم) أي إذا كان كذلك فلا يحرم حينئذ (فكان إباحة لا رخصة) أي كان إباحة ابتداء ، لأنه داخل في الحرمة ثم خرج فامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثماً .

(إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة) هذا جواب إشكال كأنه يقول إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأثم ، إذ الانسان لا يأثم بترك المباح ، فأجاب بأنه يأثم إذا علم بالإباحة ولم يأكل حتى تلف ، لأنه يصير ساعياً في إتلاف نفسه ، أما إذا لم يعلم ذلك فلا يأثم (لأن في انكشاف الحرمة خفاء) لأنه أمر يستأثر بمعرفة الفقهاء ، فيكون أو ساط

فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب . قال وإن أكره على الكفر بالله تعالى والعباد بالله أو بسبب رسول الله ﷺ بقاء أو بحبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراهاً حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر لما مر ، ففي الكفر وحرمة أشد أولى وأحرى . قال فإذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به ويوري ،

الناس مغرورين فيه (فيعذر بالجهل فيه) لخفائه عليه (كالجهل بالخطاب في أول الاسلام) حيث كان عذر (أو في دار الحرب) بأن أسلم في دار الحرب لا يجب عليه شيء ما لم يعلم بأوامر الشرع .

فان قيل إضافة الاثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد . فالجواب أن المباح إنما يجوز تركه والاثبات به اذا لم يترتب عليه محرم ، وها هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم ، فصار الترك حراماً ، لأن ما أفضى إلى الحرام حرام .

(قال) أي القدوري (وان أكره على الكفر بالله والعباد بالله أو بسبب رسول الله ﷺ بقاء أو بحبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراهاً حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر لما مر) في أول الفصل (ففي الكفر وحرمة) أي والحال أن حرمة الكفر (أشد أولى وأحرى) بأن لا يكون إكراهاً . وقوله أشد خبر لقوله وحرمة . وقوله أولى خبر لقوله ففي الكفر تقديره عدم كون الإكراه في الكفر أولى .

(قال فإذا خاف على ذلك) يعني على نفسه أو على عضو من أعضائه (وسعه أن يظهر ما أمروه به) الضمير في أموره يرجع إلى المكروه بالفتح وفي يد إلى ما في قوله ما أمروه (ويوري) ينصب الياء ، أي وأن يوري عطفاً على قوله أن يظهر وهو من التوراة

فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه لحديث
عمار بن ياسر حين ابتلى به وقد قال له النبي عليه السلام كيف
وجدت قلبك قال مطمئناً بالإيمان ، فقال عليه السلام فإن عادوا فعد ،

وهو أن يظهر خلاف ما يضمرة وهو الاتيان بلفظ يحتمل معنيين بأن يظهر الكفر باللسان
مع اخمار الايمان في قلبه .

(فإن أظهر ذلك) أي التلطف بالكفر (وقلبه مطمئن بالإيمان) أي والحال أن قلبه
مطمئن بالإيمان (فلا إثم عليه) أي فلا إثم عليه حينئذ (لحديث عمار بن ياسر رضي الله
عنه حين ابتلى به ، وقد قال له النبي ﷺ كيف وجدت قلبك ، قال مطمئناً بالإيمان ،
فقال ﷺ إن عادوا فعد) هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرک في تفسير سورة
النحل من حديث عبيد الله بن عمر الرقي عن عبد الكريم بن مالك الجزري عن أبي عبيدة بن
محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه قال أخذ المشركون عمار بن ياسر فلم يتركوني حتى سببت
النبي ﷺ وذكر آلهتهم بخير ، فلما أتاه رسول الله ﷺ ما وراءك ، قال سر يا رسول
الله ﷺ تركت حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير ، قال كيف تجد قلبك ، قال مطمئناً
بالإيمان ، قال فإن عادوا فعد . وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وأخرجه البيهقي في المعرفة وأبو نعم في الحلية في ترجمة عمار ، ورواه عبد الرزاق في
مصنفه أخبرنا معمر عن عبد الكريم الجزري ، وعن عبد الرزاق رواه اسحاق بن راهوية
في مسنده في مسند عمار بن ياسر قوله فإن عادوا قال بعض الشراح ، أي ان عادوا الى
الأكراه فعد الى طمأنينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر ، اذ لا يجوز منه ﷺ الامر
باجراء كلمة الكفر . وقال صاحب العناية معناه عد الى طمأنينة القلب لا الى الاجر
والطمأنينة جميعاً ، لأن أدنى درجات الأمر بالإباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحاً
وليس كذلك ، لأن الكفر مما لا تنكشف حرمة .

وقال تاج الشريعة وبعض العلماء يحملون قوله فإن عادوا فعد على ظاهره ، يعني إن
عادوا إلى الإكراه فعد إلى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير وهو غلط ،

وفيه نزل قوله تعالى ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ ...
الآية ١٠٦ النحل ، ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة
لقيام التصديق ، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة

فإنه لا يظن برسول الله ﷺ انه يأمر أحداً بالتكلم بكلمة الشرك ، ولكن مراده إن
عادوا إلى الإكراه فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان ، وهذا لأن التكلم إن كان مرخصاً به
فالامتناع منه أفضل . وقال الأتزازي يعني إن عاد الكفار إلى الإكراه فعد إلى طمأنينة
القلب بالإيمان ، يعني فأنبت على الطمأنينة وهو أمر بالثبات على ما كان لا أمر بما ليس
بكائن من الطمأنينة كما في قوله تعالى ﴿اهدنا الصراط المستقيم﴾ معناه إن عادوا إلى الإكراه
فانياً فعد أنت إلى مثل ما أنت به أولاً من اجراء كلمة الكفر على اللسان وطمأنينة القلب
بالإيمان ، انتهى .

قلت هذا صواب من الكل لأن مقتضى التركيب هذا على ما لا يخفى ولا نسلم أنه
أمر من الرسول ﷺ بالتكلم بكلمة الشرك ، بل هذا التشريع للمبتلى بالإكراه فكيف
يفعل ، لأنه ﷺ مبين مشرع قافهم .

(وفيه) أي وفي عمار بن ياسر رضي الله عنه (نزل قوله تعالى ﴿إلا من أكره وقلبه
مطمئن بالإيمان﴾ الآية ١٠٦ النحل) ذكر أهل التفسير أن هذه الآية نزلت في عمار بن
ياسر رضي الله عنه رخصة أنه خرج مهاجراً إلى رسول الله ﷺ مع جماعة فأخذهم كفار
مكة ، وقالوا انكم تريدون محمداً وعذوبهم وأكرههم على الكفر فصبر بعضهم حتى قتل
وتكلم عمار رضي الله عنه بما أكرهه عليه وقلبه مطمئن بالإيمان فخلوا عنه ، فلما قدم على
رسول الله ﷺ أخبر بذلك فنزلت الآية .

(ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقة لقيام التصديق) هذا دليل معقول ،
وتقريره أن الإيمان هو الاقرار باللسان والتصديق بالجنان والتصديق هو الركن الأصلي ،
وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديراً ، لأن التكرار ليس بشرط فلا
يفوت الإيمان بذلك حقيقة (وفي الامتناع) عن إتيان ما تهدد به (فوت النفس حقيقة)

فيسعه الميل إليه . قال فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً ، لأن خبيباً رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء ، وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ،

فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً وفوق حق الله توماً (فيسعه الميل إليه) .
(قال فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً ، لأن خبيباً صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة) هذا الحديث بهذا الوجه لم يثبت وقيل خبيب في صحيح البخاري في مواضع وليس فيه أنه صلب ولا أنه اكراه ، ولا أن النبي ﷺ سماه سيد الشهداء ولا قال فيه وهو رفيقي في الجنة فأخرج البخاري (١) في الجهاد عن عمر بن أبي سفيان السقفي عن أبي هريرة قال بعث النبي ﷺ عشرة عيناً وأمر عليهم عاصم بن ثابت فانطلقوا حتى إذا كانوا بين عسفان ومكة ذكروا لحي من هذيل يقال لهم بنو لحيان فنفروا لهم بقريب من مائة رجل رام فاقصوا آثارهم حتى أتوا منزلاً نزله فوجدوا فيه نوى تمر تردده من المدينة فقالوا هذا تمر يثرب ، فتبعوا آثارهم حتى لحقوهم ، فلما أحس عاصم وأصحابه لجؤوا إلى فدغد وجاء القوم فأحاطوا بهم فقالوا لهم إنزلوا فأعطوا بأيديكم ، ولكم العهد والميثاق أن لا نقتل منكم أحداً ، فقال عاصم بن ثابت أيها القوم أما أنا فلا أنزل في ذمة كافر ، ثم قال اللهم أخبر عنا ﷺ فرموم بالنبل فقتلوا عاصماً ونزل إليهم ثلاثة نفر على العهد والميثاق منهم خبيب وزيد بن الدثنة ورجل آخر ، فلما استمكثوا منهم اطلقوا أوتار قسيهم فربطوهم بها . قال الرجل الثالث هذا أول الغدر ، فأبى أن يصحبهم فجروه وعالجوه على أن يصحبهم فلم يفعل فقتلوه وانطلقوا بخبيب وزيد حتى باعوا بمكة ، فاشترى خبيباً بنو الحارث بن عامر بن نوفل ، وكان خبيب هو قتل الحارث يوم بدر ، فمكث عندهم أسيراً حتى إذا أجمعوا على قتله استعار موسى من بعض بنات الحارث ليستعده فاعارته ،

(١) ورد الحديث في الأصل ناقصاً ، وفيه أخطاء كثيرة تضيع معنى الحديث فاضطررنا للزيادة عليه من صحيح البخاري لتكتمل الفائدة ، اهـ مصححه .

قالت ففعلت عن صبي لي فدرج اليه حتى آتاه فوضعه على فخذه ، فلما رأيته فزعت فزعة عرف ذلك مني ، فقال أنحشني أن أقتله ، ما كنت لأفعل ذلك ان شاء الله ، كانت تقول ما رأيته أسيراً قط خيراً من خبيب ، لقد رأيته يوماً يأكل من قطف عنب وما بمكة يومئذ من ثمرة ، وانه لموتق في الحديد ، وما كان الا رزقاً رزقه الله ، فخرجوا به من الحرم ليقتلوه وقال دعوني أصلي ركعتين ، فصلى ثم رجع إليهم فقال لهم لولا أن ترو أن ما بي جزع من الموت لرجعت ، فكان أول من سن الركعتين عند القتل هو ثم قال اللهم احصهم عدداً واقتلهم بدداً ولا تبق منهم أحداً ، ثم قال :

ولست أبالي حين أقتل مسلماً على أي شق كان لله مصرعي
وذلك في ذات الإله وإن يشأ يبارك على أوصال شلو ممزع

ثم قام إليه عقبة بن الحارث فقتله ويعث ناس من قريش إلى عاصم بن ثابت ليأتوا بشيء من جسده يعرفونه ، وكان عاصم قتل عظيماً من عظمائهم يوم بدر ، فبعث الله عليه مثل الظلة من الدبر فحمته من رسلهم ، فلم يقدروا أن يقطعوا منه شيء ، انتهى .

قال عبد الحق ، وقصة خبيب كانت في غزوة الرجيع ، والرجيع على ثمانية أميال من عسفان ، وعسفان على مرحلة من خليص في الجنوب ومن عسفان إلى بطن مر ثلاثة وثلاثون ميلاً ومن بطن مر إلى مكة مسيرة يوم ، وخليص بضم الخاء المعجمة . وعسفان بضم العين المهملة . وبطن مر بفتح الميم وتشديد الراء . وغزوة أحد كانت في النصف من شوال سنة ثلاث من الهجرة . قوله إلى فدقد بفائين مفتوحتين ودالين مهملتين ، وهي الأرض المستوية ، وقيل الأرض المرتفعة . وقال ابن دريد الفدقد هي الأرض الغليظة المرتفعة ذات الحصى ، فلا تزال الشمس تبرز فيها .

قوله من قطف عنب أي عنقود عنب وهو يكسر القاف وسكون الطاء وفي آخره فاء . وقال الليث القطف إسم للثمار المقطوفة ، يقال قطفت العنب أقطفه قطعاً جنبته . قوله شلو بكسر الشين المعجمة وسكون اللام وهو العضو من أعضاء اللحم وأشلاء الإنسان أعضاؤه . قوله ممزوع من التمزيع وهو التفريق ، ومادته مع وزاي معجمة وعين مهملة .

ولأن الحرمة باقية

قوله لأن خبيباً صبر على ذلك حتى صلب ، وهو بضم الحاء المعجمة وفتح الباء وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره باء موحدة أخرى ، وقد ذكرنا أن صلبه لم يثبت في الصحيح ولكن محمد بن إسحاق ذكره في كتاب السيرة وقال ابتاع خبيباً حجير بن أبان التيمي رحمه الله لقتله بأبيه ثم أخرجوه إلى التمتع وصلبوه على خشبة وقتلوه .

قوله وسماه أي خبيباً رسول الله ﷺ سيد الشهداء ، هذا لم يثبت والمعروف من قوله ﷺ سيد الشهداء أنه حمزة رضي الله عنه ، رواه الحاكم في الفضائل من حديث عبد الله ابن محمد بن عقيل رحمه الله سمعت جابر بن عبد الله رضي الله عنه يقول قال رسول الله ﷺ سيد للشهداء عند الله يوم القيامة حمزة رضي الله عنه ، وأخرجه الطبراني عن أبي إسحاق الشيباني عن علي بن حذور عن الأصبغ بن نباتة عن علي رضي الله عنه قال إن أفضل الخلق يوم يجمعهم الله الرسل ، وأفضل الناس بعد الرسل الشهداء ، وأفضل الشهداء حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنه ، وقد تكلم به رسول الله ﷺ فقال سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنه حديث آخر نحو ذلك ورد في بلال رواه البزار في مسنده من حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال نعم المرء بلال وهو سيد الشهداء ... الحديث .

قوله وقال في مثله ، أي فيه أي في خبيب ، وكلمة مثل زائده هو رقيقي في الجنة . وقيل لفظ مثل عبارة عن الذات أي قال في ذاته أي ذات خبيب . وقال تاج الشريعة أي في مثل خبيب في الصبر على أذى المشركين وصلبهم وعدم إجراء كلمة الكفر فمن كان كذلك يكون باذلاً نفسه لإعزاز الدين فيكون مثل خبيب رضي الله عنه . قلت المفهوم من كلامه أن قوله ﷺ هو رقيقي في الجنة ، في حق غير خبيب ولكن يدخل فيه خبيب بشاركه غيره في الصبر على الأذى وغيره ، والمفهوم مما ذكرنا أولاً ، أي قوله ﷺ هذا في حق خبيب رضي الله عنه والأحرى ما قاله تاج الشريعة ، لأن قوله ﷺ هذا لم يثبت في حق خبيب وإن كان هو من رفقاء النبي ﷺ في الجنة .

(ولأن الحرمة باقية) لتناهي قبيح الكفر ، فكان بالصبر على الاكراه مجتنباً محرم

والإمتناع لإعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء

الشرع ممثلاً نبيه (والامتناع لاعزاز الدين عزيمة) أي الامتناع عن إظهار ما توعد به لأجل إعزاز الدين عزيمة ، أي أخذ بالعزيمة ، ولا شك أن الأخذ بالعزيمة أفضل من الأخذ بالرخصة ولا سيما في مثل هذا الموضع (بخلاف ما تقدم) من أكل الميتة وشرب الخمر ، فإن الحرمة هناك لم تكن باقية (للاستثناء) أراد به قوله تعالى ﴿إلا ما اضطررتم﴾ ١١٩ الأنعام ، والاستثناء من التحريم إباحة .

فإن قلت الله تعالى كما استثنى في إجراء كلمة الكفر أيضاً في قوله تعالى ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره﴾ ١٠٦ الأنعام. قلت من كفر بالله شرط مبتدأ وحذف جوابه لأن جواب « من شرح بالكفر صدراً » دال عليه ، كأنه قيل من كفر بالله فعليهم غضب إلا من أكره ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب ، ولا يلزم من انتقاء الغضب الإباحة . وتقريره أن في الآية تقدماً وتأخيراً ، وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه ، وإنما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة ، لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض ، فإن السبب موجود والحكم متأخر ، فجاز أن يكون النصب منفيّاً مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو الحرمة ، فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر .

هذا ما قالوه وفيه نظر، لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك ممّتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ، وإن كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ﴿ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ ١٨٥ البقرة ، ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك. وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي رحمه الله إلى أن الأمر في قوله ~~فإن عادوا~~ فعد للإباحة ، وقولهم لأن الكفر فيما لا تنكشف حرمة صحيح ، ولكن الكلام في إجراء كلمة الكفر مكروهاً لا في المكروه .

قال وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك ، لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة الخمصة وقد تحققت ، ولصاحب المال أن يضمن المكره ، لأن المكره آله للمكره فيما يصلح آله له ، والإتلاف من هذا القبيل . وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل ، فإن قتله كان آثماً ، لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما ،

(قال) أي القدوري رحمه الله (فإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) أي إتلاف مال المسلم (لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة الخمصة) أي يعامل به معاملة المباح ، إلا أنه يعمل مباحاً في تلك الحالة ، ولهذا لو لم يتناول حتى قتل يثاب على ذلك . وفي الخمر لو لم يشرب حتى قتل يأثم ، قالوا هذه المسألة تدل على أن تناول مال الغير أشد حرمة من شرب الخمر (وقد تحققت) أي الضرورة (ولصاحب المال أن يضمن المكره) بكسر الراء (لأن المكره) بفتح الراء (آله للمكره) بكسر الراء (فيما يصلح آله له) قد مر أن في كل موضع يصلح كون المكره آله للمكره يكون الضمان على المكره ، واحتراز بقوله فيما يصلح عن الأكل والتكلم والوطء ، فإنه فيها لا يصلح آله له إذ الأكل بفم الغير والتكلم بلسان الغير لا يتصور (والإتلاف من هذا القبيل) أي من قبيل أن يصلح آله بأن يأخذه ويلقيه على مال الغير فينتلفه .

(وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل) بأن قال لغيره إن لم تقتل فلاناً لأقتلنك لا يسعه الإقدام على قتله . قوله ويصبر بالرفع على أنه خبر مبتدأ محذوف ، أي وهو يصبر على ذلك ولا يجوز نصبه عطفاً على أن يقدم عليه لفساد المعنى فافهم (فإن قتله كان آثماً ، لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما) إذ دليل

فكذا بهذه الضرورة والقصاص على المكره إن كان القتل عمداً قال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد «رح» .

الرخصة خوف التلف والمكره عليه في ذلك سواء فسقط حق المكره في حق تناول دم المكره عليه للتعارض ، بخلاف ما إذا صبر على اتلاف مال الغير ، فإن دليل الرخصة قائمة وحرمة النفس فوق حرمة المال (فكذا بهذه الضرورة) أي فكذا لا يباح بهذه الضرورة وهي الإكراه على قتل النفس فيقول الإكراه يبيح ما تبيحه الضرورة لا يبيحه الإكراه ثم قتل المسلم لا يباح لضرورة ما ، فكذا لا يباح بالإكراه .

(قال) أي القدوري رحمه الله (والقصاص على المكره) بكسر الراء (إن كان القتل عمداً) أي إن كان القتل قتل عمد ، وإن كان القاتل عامداً (قال العبد الضعيف رحمه الله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) أي قال المصنف المذكور وهو وجوب القصاص على المكره بكسر الراء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول . وقال السفناقي «رح» ، سواء كان الأمر عاقلاً بالغا أو معتموماً أو غلاماً غير بالغ ، فالقود على الأمر وعزاه إلى المبسوط .

ثم أورد سؤالاً فقال فإن قيل لو كان المكره الأمر بمنزلة الآلة للبشارة في القتل والمكره المأمور آلة لوجب أن لا يجب القصاص على الأمر فيما إذا كان صبياً أو معتموماً ، لأن انتقال فعل المكره إليه لا يكون أقوى من مباشرته بنفسه ، وفيما باشر الصبي القتل الممد لا يجب القصاص عليه ، وقد ذكر في المبسوط أن القصاص يجب على الصبي إذا أمر غيره بالقتل الممد بالإكراه كما ذكرت ، فما وجهه . قلنا لما انتقل فعل المأمور إلى الأمر انتقل مع وصفه من العقل والبلوغ ، فصار ذلك بمنزلة جنابة الأمر بيد المأمور في الأحكام القتل ، فلماذا لم يعتبر عقد الأمر وبلوغه بخلاف ما لو باشر بنفسه لأنه لا واسطة هناك أحد بوصف بالعقل والبلوغ لينتقل قوله إليه بذلك الوصف ، فكان ذلك قتلاً خاصاً من الصبي لا غير ، ولا اعتبار لعمد الصبي من القتل في إيجاب القصاص .

وقال الشيخ العلامة علاء الدين عبد العزيز رحمه الله ما نقله السفناقي عن المبسوط سهو فانه ذكر في هذا الباب ، إذا عرفنا هذا فنقول سواء كان المكره عاقلاً بالغاً أو معتموماً أو

وقال زفر «رح» يجب على المكره . وقال أبو يوسف «رح»
لا يجب عليهما . وقال الشافعي «رح» يجب عليهما . لزفر
أن الفعل من المكره حقيقة وحساً وقرر الشرع حكمه
عليه وهو الاثم

غلاماً غير بالغ فالتقود على المكره ، لأن المكره صار كالآلة له والعقل والبلوغ غير معتبر
في حق الآلة ، وإنما المعتبر تحقق الاجاء فعمل أن قوله سواء كان المكره بالغاً أو ممتوهاً
بفتح الراء وبكسرهما والدليل الذي ذكره ينادي عليه فتومه بكسر الراء ، وذلك غير
سديد يؤيده ما قال أبو اليسر في المبسوط ، ولو كان المكره الأمر صيباً أو مجنوناً لا يجب
القصاص على أحد ، لأن القاتل في الحقيقة هذا الصبي والمجنون وهو ليس بأهل لوجوب
العقوبة عليه ، وذكر الحلواني في مبسوطه ولو كان المأمور مختلط العقل أو صيباً يجب
القصاص على المكره الأمر ، لأن فعل القاتل ينقل إليه فيكون الصبي والبالغ في حقه
سواءً ، فعمل بهذا أن إيجاب القصاص على الصبي الأمر سهو ، وما ذكره من الفرق بين
المباشر والأمر غير مسلم ، لأن المنتقل الفعل ووصفه من العمد والخطأ لا وصف القاتل من
العقل والبلوغ ، ألا ترى أن المأمور لو كان صيباً أو ممتوهاً لا ينتقل وصف الصبا والقسر
إليه ، حتى لا يجب القصاص على المكره احتيالاً للدرء في القصاص .

(وقال زفر رحمه الله يجب على المكره) بفتح الراء ، أراد به يجب القصاص على
المكره المأمور وهو رواية عنه وفي رواية أخرى عنه كقول الشافعي رضي الله عنه
(وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما) أي لا يجب القصاص على المكره والمكره
جميعاً (وقال الشافعي رضي الله عنه يجب عليهما) أي على المكره والمكره جميعاً ، وبه
قال مالك وأحمد رحمهما الله .

(لزفر رحمه الله أن الفعل من المكره) أي أن الفعل وهو القتل حاصل من المكره
بفتح الراء (حقيقة) أي من حيث الحقيقة لصدوره منه بغير واسطة (وحساً) أي ومن
حيث الحس ، فانه معانٍ مشاهد (وقرر الشرع حكمه) أي حكم القتل (عليه) أي على
القاتل (وهو) أي حكم القتل (الاثم) بالاجماع ، فايحباب القصاص على غيره غير معقول

بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لأنه سقط حكمه وهو
الاثم فأضيف إلى غيره ، وبهذا يتمسك الشافعي «رح» في جانب
المكره ويوجهه على المكره أيضاً لوجود التسبب في القتل منه
وللتسبب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص . ولأبي
يوسف «رح» أن القتل بقي مقصوراً على المكره من وجه نظراً
إلى التأثيم ، وأضيف إلى المكره من وجه نظراً إلى الحمل

وغير مشروع (بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير ، لأنه سقط حكمه وهو الاثم) فلم
يكن مقدراً عليه شرعاً (وأضيف إلى غيره) أي إلى غير المكره (وبهذا) أي بما
ذكره زفر رحمه الله من الدليل (يتمسك الشافعي رضي الله عنه في جانب المكره) بفتح
الراء ، يعني في وجوب القصاص (ويوجهه) أي ويوجب الشافعي القصاص (على المكره
أيضاً) بكسر الراء (لوجود التسبب في القتل منه) أي من المكره الأمر حيث أحدث
فيه معنى كان حاملاً له على القتل .

(وللتسبب في هذا) أي في القتل (حكم المباشرة عنده) أي عند الشافعي رضي الله
عنه (كما في شهود القصاص) يعني إذا شهد على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه
فجاء المشهود بقتله حياً ، فإنه يقتل الشاهدان عنده للتسبب لأنها قتلاه حكماً قيل في
عبارة المصنف تسامح ، لأن دليل زفر رحمه الله يدل على عدم جواز إضافة القتل إلى غير
المكره ، فكيف يجعل ذلك دليلاً للشافعي رضي الله عنه وهو يضيفه إلى غيره أيضاً .
أجيب بأن دليله يدل على عدم جواز إضافته إلى غير المكره مباشرة ، والشافعي رضي
الله عنه يضيفه إلى الغير تسبباً فلا تنافي .

(ولأبي يوسف رحمه الله أن القتل مقصوراً على المكره) بفتح الراء (من وجه نظراً
إلى التأثيم) للتسارع إياه ، فإنه يدل على تقرير الحكم وقصره عليه (وأضيف إلى المكره)
بكسر الراء (من وجه نظراً إلى الحمل) بفتح الحاء ، أي حمل المكره عليه تقديره أن
كونه محمولاً على الفعل يدل على أنه كالألة والفعل ينتقل عنه ، وكل ما كان كذلك كان

فدخلت الشبهة في كل جانب . ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إثارةً
لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه
ولا يصلح آلة في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصور عليه في حق
الائم كما تقول في الإكراه على الاعتناق وفي إكراه المجوسي على ذبح

شبهة (فدخلت الشبهة في كل جانب) والقصاص يندفع بها .

(ولهما) أي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه) أي أن المكره بالفتح (محمول على
القتل) أي ملجأ إليه بواسطة التهديد بالقتل (بطبعه) يعني يصير المكره القاتل في
ذلك قاتلاً بطبعه ، أي باقتضاء طبيعه ، ذلك كالسيف يقطع بطبعه فان طبيعه يقتضي
القطع ، وذلك (إثارةً لحياته) أي لاجل إثارة حياته على حياة غيره ، لان الانسان جبل
على حب حياة نفسه ، فحينئذ نفذ اختياره (فيصير آلة للمكره) بكسر الراء (فيما يصلح
آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه) فلا يكون على المكره قصاص ولا دية ولا كفارة ، لأن
الفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الآلة .

(ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه) هذا جواب عما يقال لو كان آلة لأضيف الائم
إلى المكره كالقتل ، فأجاب بقوله ولا يصلح أي المكره آلة له ، أي للمكره بكسر الراء
في الجناية على دينه ، لأن القتل من حيث أنه يوجب المأثم جناية على دين القاتل ، لأنه إنما
كرمه ليجني عليه دينه ، فلو أضيف إليه لصار جناية على دين المكره ، وفي بطلان الإكراه
(فبقي الفعل) من حيث كونه جناية على دينه (مقصور عليه) أي على المكره بالفتح
(في حق الائم كما تقول في الإكراه على الاعتناق) ومن حيث الاتلاف منقولاً إلى المكره
من حيث الاتلاف حتى يجب الضمان على المكره ومن الاعتناق بقي مقصوراً على المكره
حتى يكون الولاء له .

(وفي إكراه المجوسي) أي وكما تقول في إكراه المجوسي أي إكراه المسلم المجوسي
فالمصدر مضاف إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل ، لأن المجوسي مكره وقد صرح به في
الإيضاح وهو كما لو أكره مجوسياً (على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره) بكسر

شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكروه في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم
كذا هذا . قال وإن أكره على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل
وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي وقد مر في الطلاق .

الراء (في الاتلاف) يضمن قيمة الشاة (دون الذكاة حتى يحرم) فلا يحل تناوله ، لأن حل
الذبح يتعلق بأمور الدين (كذا هذا) أي كذا حكم القتل .

فإن قلت لو كان الأمور محمولاً على القتل بطبعه لإيثار حياته ينبغي أن يسقط القصاص
عن إصابة خمصة فقتل إنساناً وأكل من لحمه حتى بقي حياً فما الفرق . قلت وملجأ هناك
من جهة الغير فصار آلة ، وأما المضطر فقيم ملجأ إلى القتل من جهة غيره حتى يصير آلة ،
ولهذا يجب عليه الضمان في المال فلم أن الحكم مقصوراً عليه .

فإن قلت ينبغي أن لا يصلح المكروه آلة له في الاعتاق من حيث الاتلاف ، لأن الاتلاف
يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ ، فكذا في حق ما يثبت
في ضمنه . قلت نفس الاعتاق إتلاف إذ هو إزالة الملك وليس في قدرة العبد إلا ذلك
وهو يصلح في إزالة الملك ، أما إثبات القوة فخالص حق الله تعالى لا يقال يشكّل بما إذا
أكره محرم على صيد حتى قتله وأدى الضمان لا يرجع على المكروه وإن صلح آلة له في
الاتلاف ، لأننا نقول الضمان في قتل الصيد إنما تجب بالجناية على إحرامه وهو لا يصلح
آلة له في ذلك .

(قال) أي القدوري رحمه الله (وإن أكره على طلاق إمرأته) أي إن أكره الرجل
على أن يطلق امرأته ، وفي بعض النسخ وإن أكرهه الرجل على طلاق إمرأته (أو عتق
عبده ففعل) أي طلق امرأته أو عتق عبده (وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي
رضي الله عنه) ويقول الشافعي قال مالك وأحمد رحمهما الله ثم الإكراه لا يعمل في أشياء
منها الطلاق والعناق والنكاح والرجعة والتدبير والعفو عن القصاص واليمين والنذر
والظهار والإيلاء والفيء في الإيلاء والاسلام ، لأنه إنشاء تصرف (وقد مر في الطلاق)
أي في فصل طلاق المكروه والسكران . وفي فتاوى قاضي خان رحمه الله إكراه بوعيد

قال ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد لأنه صلح آله له فيه من حيث
الإتلاف ، فانضاف إليه فله أن يضمه موسراً كان أو معسراً ولا
سعاية على العبد ، لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو
لتعلق حق الغير

القتل على الطلاق والعتاق فلم يفعل حتى قتل لم يأنم كما لو أكره بالقتل على إتلاف مال
نفسه فلم يتلف كان شهيداً ، فكذا في الامتناع عن إبطال ملك التكاح .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ويرجع) أي المكره بفتح الراء (على الذي أكرهه
قيمة العبد ، لأنه صلح آله له فيه من حيث الإتلاف ، فانضاف إليه فله) أي فله المكره
المأمور (أن يضمه) أي المكره الأمر (موسراً كان أو معسراً) لأن وجوب الضمان
ماعتبار مباشرة الإتلاف فيكون ضمان جيران ، فلا يختلف باليسار والاعسار ، ألا ترى
أن شهود الاعتاق يضمون إذا رجعوا موسرين كانوا أو معسرين .

فإن قلت ينبغي أن لا يجب الضمان على المكره لأنه أتلفه بعوض وهو الولاء ، والإتلاف
بعوض كلا إتلاف . قلت هذا يكون أن لو كان العوض مالاً أو في حكم المال والولاء ليس
بمال ولا أشبه بالمال لأنه بمنزلة النسب وهو ليس بمال .

(ولا سعاية على العبد ، لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية) وقد خرج فلا
يمكن تخريجه ثانياً كما هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المستسعى كالمكاتب والذي يحتاج
إلى التخريج إلى الحرية كالعبد المشترك إذا أعتقه أحد الشريكين يحتاج إلى تخريجه إلى
الحرية إما بالاستسعاء أو بالتضمين ، أو يعتق الشريك الآخر كما عرف (أو لتعلق حق
الغير) أي أو السعاية إنما يجب لتعلق حق الغير بالعبد كما هو مذهبهما كعتق المريض
عبده وعتق الراهن عبد المرهون ، فإنه يجب السعاية على العبد فيما إن كان معسراً
لتعلق حق الغير به .

وفي الذخيرة مسألة الاعتاق والطلاق على ثلاثة أوجه . الأول ؛ أن يقول المكره
خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذباً وقد أردت ذلك لا الانشاء بعتق العبد قضاء لا

ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لأنه
مؤاخذ بإتلافه . قال ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان قبل الدخول
وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة
لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من
قبلها ، وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه ،
فيضاف إلى المكره

ديانة ، ولا يضمن المكره شيئاً لأنه عدل عما أكره وعق العبد بإقراره طائماً .
الثاني : أن يقول خطر ببالي الاخبار كاذباً وتركت ذلك وأردت عقناً مستقبلاً كما
طلب مني ، ففي هذا عتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد .
الثالث : أن يقول لم يخطر ببالي شيء وقد أتيت بما طلب مني ، فالجواب فيه كالجواب
في الوجه الثاني ، والجواب في الاكراه على الطلاق وقد سمى لها مهرأ قبل الدخول كالجواب
في الاكراه على عتق العبد في الوقوع ورجوع الزوج على المكره ، إلا أن في الطلاق الرجوع
بنصف المهر ، وفي الاعتاق بقيمة العبد .

(ولم يوجد واحد منها) أى من التخريج إلى الحرية وتعلق حق الغير (ولا يرجع
المكره) بكسر الراء (على للعبد بالضمان لأنه مؤاخذ بإتلافه) أى لأن المكره نفسه إنما
يضمن من حيث أنه جعل متلفاً للعبد حكماً كأنه قتله والمقتول لا يسمى لأحد حكماً .
(قال) أى القدوري (ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان) أى الاكراه (قبل الدخول)
بها . فإن قلت المائدة شرط في ضمان العدوان والمكره لم يضع غير تأكيد نصف المهر
والإيجاب أعلى من التأكيد . قلت المائدة في المضمون لا في الفعل ، والمضمن نصف المهر بالاتفاق
فتتحقق المائدة (وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره) بكسر الراء (بما لزمه
من المتعة ، لأن ما عليه) أى على الزوج (كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من
قبلها) بتمكين أى الزوج منها بغير إكراه أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى (وإنما يتأكد
أى ما كان عليه إنما يتأكد) بالطلاق فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره

من حيث أنه إلتلاف ، بخلاف ما إذا دخل بها ، لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق

بكسر الراء (من حيث أنه إلتلاف) فإذا أضيف إليه يرجع المكروه عليه لأن للتأكيد شبهة فكان المكروه بمنزلة الآلة فيرجع عليه .

(بخلاف ما إذا دخل بها) حيث لا يضمن المكروه الأمر شيئاً وبه قال مالك وأحمد « رح » ، وعند الشافعي « رح » يضمن مهر المثل (لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق) فبقي مجرد إلتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال ، ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق لا يضمنان . ثم أن المصنف لم يضمن الإكراه على النكاح .

قال محمد في الأصل ولو أن رجلاً أكره بوجه قتل أو مجبس أو بقيد أو بضرب حتى تزوج امرأة على عشرة آلاف ومهر مثلها ألف درهم كان النكاح جائزاً ، ويكون من العشرة آلاف درهم مهر مثلها ألف درهم ويبطل الفضل . وذكر الطحاوي في مختصره أن الزوج يلزمه جميع ذلك فيرجع بالفضل على من أكرهه وهو ليس بظاهر الرواية ، ولو أن المرأة هي التي أكرهت حتى تزوجها الزوج على ألف درهم مهر مثلها عشرة آلاف أو زوجها أولياؤها مكرهين فالنكاح جائز ولا ضمان على المكروه .

ثم هل للمرأة والأولياء الاعتراض على هذا النكاح . فالمسألة على وجهين ، إما أن يكون الزوج دخل بها أو لم يدخل بها وكل وجه على وجهين ، إما أن ترضى المرأة بما سمى لها من الصداق أو لم تره ، وكل وجه على وجهين ، إما أن يكون الزوج كفواً لها أو غير كفوء ، فإن كان كفواً لها وقد رضيت بالمسمى كان للأولياء حق الاعتراض عند أبي حنيفة ، وعندهما لا أصل . ولو زوجت نفسها في الإبتداء من كفوء بأقل من مهر المثل كانت المسألة على الاختلاف ، إن كان الزوج غير كفوء لها فللأولياء الاعتراض على هذا النكاح عندهم جميعاً ، هذا إذا رضيت بالمسمى ولم يدخل بها الزوج ، فإن لم ترض بالمسمى ينظر ، فإن كان الزوج كفواً لها فلها حق الاعتراض على هذا النكاح بسبب نقصان المهر عندهم جميعاً ، فإذا رفعت الأمر إلى القاضي يخير زوجها فيقول له أتم لها مهرها وإلا

ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل جاز استحساناً
لان الإكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة .

ويرجع على المكره

فرقت بينكما ، فإذا أتم نفذ النكاح ، وإن أبى يفرق بينها ولا يكون لها مهر ، لأن
الفرقة جاءت من قبلها لما لم ترض بالزيادة ، والفرقة الواقعة من قبلها تسقط الصداق كله
قبل الدخول كما في ارتدادها ، وإن لم يكن الزوج كفواً فلها وللأولياء حق الاعتراض
على هذا النكاح عند أبي حنيفة لعدم الكفارة ونقصان المهر . وعندهما ليس لها حق الاعتراض
كذلك للأولياء لعدم الكفاءة لا غير .

هذا كله فيما إذا لم يدخل بها . فإن دخل بها وهي مكرهه فإن كان الزوج كفواً لها
للأولياء والمرأة حق الاعتراض بسبب عدم الكفاءة ، وأما إذا دخل بها وهي طائفة فقد
رضيت بالمهر المسمى دلالة ، فكان كما لو رضيت بالمسمى نصاً ، فعلى قول أبي حنيفة للأولياء
حق الاعتراض . وإن كان الزوج غير كفواً فللأولياء حق الاعتراض عند أبي حنيفة
لعدم الكفاءة ونقصان المهر ، وعندهما لعدم الكفاءة لا غير ، هذا خلاصة ما ذكره شيخ
الإسلام خواهر زاده رحمه الله .

(ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعناق ففعل الوكيل) أي طلق أو أعتق (جاز
استحساناً) أي يقع الطلاق والعناق بفعل الوكيل . وفي القياس لا يقع ، وبه قالت
الثلاثة لأن القياس أن لا تصح الوكالة بالإكراه لأن الأصل أن كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر
فيه الإكراه وما لا فلا ، لأنها ينفيان الرضى ، والوكالة تبطل بالهزل ، فكذا مع الإكراه
(لان الإكراه) إشارة إلى بيان وجه الاستحسان ، تقديره أن الإكراه (مؤثر في فساد
العقد) فكان كالشرط الفاسد (والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة) فالإكراه لا يؤثر في
فساد الوكالة أما أنه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه بعدم الرضى فيفسد به الاختيار فصار
كأنه شرط شرطاً فاسداً فإنه يفسد العقد ولا يمنع عن الانعقاد ، وأما أن الوكالة لا تفسد
بالشروط فلأنها من الاسقاطات إذ الموكل يسقط حقه بالتعويض إليه ، فإذا لم تبطل الوكالة
ينفذ تصرف الوكيل (ويرجع على المكره) بكسر الراء بما عزم من نصف الصداق وقيمة

استحساناً لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل والنذر
لا يعمل فيه الاكراه ، لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره
بما لزمه لانه مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها . وكذا اليمين
والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ . وكذا الرجعة

العبد (استحساناً) والقياس أن لا يرجع عليه ، لأن الاكراه وقس على الوكالة وزوال
الملك لم يقع بها ، فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل ، فلا يضاف التلف إليه كما في
الشاهدين شهدا أن فلاناً وكل فلاناً يعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا .

وجه الاستحسان هو قوله (لأن مقصود المكره) بالكسر (زوال ملكه إذا باشر
الوكيل) فكان الزوال مقصوداً فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه إكراه
(والنذر لا يعمل فيه الاكراه) يشير بهذا إلى بيان ما يعمل فيه الاكراه ، وإما لا يعمل
وضابط ذلك أن كل ما يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه ، فإذا كان كذلك
يصح النذر مع الاكراه بأن أكرمه بوعده تلف حتى جعل على نفسه صدقة لله أو صوماً
أو حجاً أو مثل ذلك لزمه كله خلافاً للثلاثة .

(لانه) أي لان النذر (لا يحتمل الفسخ) لانه يمين لقوله ~~يعتق~~ النذر يمين واليمين لا
يحتمل الفسخ فلا يؤثر فيه الاكراه . وروى محمد في أوائل الاكراه عن عمر رضي الله عنه
أنه قال أربع مقفلات مبهمات ليس فيهن رد بذى الاعتاق ولا الطلاق والنكاح والنذر ،
أراد بقوله مبهمات وقوعها وصحتها مطلقة بلا قيد الرضى والطوعية ، والحل إذا
صدرت عن المكلف .

(ولا رجوع على المكره) بالكسر (بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب)
أي المكره بالكسر (به) أي لما أكرهه (فيها) أي في الدنيا (وكذا اليمين) أي
وكذا إذا أكره على يمين فحلف انعقدت (والظهار) بأن أكره على أن يظهر امرأته
فظاهر صح (لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة) أي لعدم احتمالهما
بالفسخ والظهار من أسباب التحريم كالطلاق فيستوي فيه الجحد والهزل والاكراه والطروع ،

والايلاء والقيء فيه باللسان لأنها تصح مع الهزل والخلع من جانبيه
طلاق أو يمين لا يعمل فيه الاكراه ، فلو كان هو مكرهاً على الخلع
دونها لزمها البذل لرضاها بالالتزام .

خلافاً للثلاثة لا يعمل فيها الاكراه لانه استدامة للنكاح ، فكانت ملحقة به (والايلاء)
أي وكذا الايلاء لانه يمين في المال والاكراه لا يمنع كل واحد منها (والقيء فيه باللسان)
أي في الايلاء بأن أكرهه على شيء إليها باللسان ففعل صح ، لانه كالتوبة في استدامة أي
الرجعة في الاستدامة (لانها) أي الرجعة والايلاء والقيء فيه في بعض النسخ لانه ، أي لان
كل واحد من المذكورات (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ ، فإن
أكره على إعتاق عبده عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل أجزاء عنها ولم يرجع على المكره
بقيته لأنه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا إتلاف بغير حق وإن عين عبداً
لذلك ففعل عتق ولم يجز الكفارة رجع على المكره بقيته ، لانه أتلف عليه مالية العبد
حيث لم يكن مستعقاً عليه ، وإذا أثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأنها ليست بمضمونة
على أحد ، وإن ترك التي آلى منها أربعة أشهر حتى بانث ولم يكن دخل بها وجب عليه
نصف المهر ولا يرجع به على المكره ، لانه متمكناً من القرآن على المكره بشيء لانه أتى
بضد ما أكرهه عليه .

(والخلع من جانبيه يمين) أي من جانب الزوج يمين لوجود الشرط والجزاء ، واليمين
لا يعمل فيه الاكراه (أو طلاق) هذا ظاهر ، والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بغير جمل ،
فكذا بالجمل (لا يعمل فيه) أي في الخلع (الاكراه) لما ذكرنا (فلو كان هو) أي
الزوج (مكرهاً على الخلع دونها) أي دون المرأة (لزمها البذل لرضاها بالالتزام) البذل
طائفة بأزاء ما سلم جاء من البيونة ولا شيء على المكره للزوج ، لانه أتلف عليه ما ليس
بمال وهو النكاح فلا يضمن به .

فان قيل إن خالعها وهي غير ملووسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج
على المكره لتأكيد ما كان على شرف السقوط أولاً . قلنا لا يخلو اما أن يكون ساق
الزوج إليها المهر كله أو لا ، فإن ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق ، أما عندهما

قال وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة «رح»،
إلا أن يكرهه السلطان . وقال أبو يوسف ومحمد «رح» لا يلزمه
الحد ، وقد ذكرناه في الحدود .

فظاهر ، لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحق كل منهما قبل صاحبه بحكم
النكاح ، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلائنه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكرها ،
والبراءة مع الاكراه لا تصح . وإن لم يسمه رجع عندهما خلافاً له ، لأنه غير مكره في
هذه الصورة على البراءة .

(قال) أى القدورى (وإن كان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة
رحمه الله) لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آلته ، وذلك لا يكون إلا بلذة ،
وذلك دليل الطواعية ، وبه قال زفر رحمه الله (إلا أن يكرهه السلطان) يعني لا يجب
الحد حينئذ ، لأن الحد للزجر ولا حاجة إليه مع الاكراه ، فكان قصده بهذا الفعل دفع
الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة ، فيصير ذلك شبهة في الاسقاط والا انتشار الآلة فقد
يكون طبعاً بالفحولة التي ركبها الله عز وجل في الرجل ، ألا ترى أن النائم تنتشر آلته
بلا اختيار له في ذلك ولا قصداً .

(وقالوا ^(١) لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود) في صورتين جميعاً ، ودليلهما
ما ذكره أبو حنيفة رحمه الله في إكراه السلطان على الزنا قبل تقييد الاكراه بالسلطان
من قبيل اختلاف العصر كما تقدم . وقيل من قبيل اختلاف الحكم ، ثم في كل موضع
يجب الحد على المكره لا يجب لها المهر ، لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد ،
وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر ، لأن الوطاء في غير الملك لا ينتقل عن أحدهما ،
فاذا سقط الحد وجب المهر إظهاراً لخطر المحل ، سواء كانت مستكرمة على الفعل أو
أذنت له بذلك ، أما الاول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها . وأما الثاني فلأن الاذن
له ليس يحمل الوطاء ، فكان إذنها كفواً لكونها محجورة عن ذلك شرعاً .

(١) وقال أبو يوسف ومحمد «رح» - هامش .

وقضاء ، لانه أقر انه مبتدىء بالكفر هازل بحيث علم نفسه
مخلصاً غيره ، وعلى هذا اذا أكره على الصلاة للصليب وسب
محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمداً
آخر غير النبي عليه السلام بانته منه قضاء لا ديانة . ولو صلى للصليب
وسب محمداً النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب
النبي عليه السلام بانته منه ديانة وقضاء لما مر

الكفر بمنزلة لإجراء كلمة الكفر طائفاً فيحكم بكفره قضاء وديانة فبانته امرأته قضاء
وديانة (لأنه أقر انه مبتدىء بالكفر) يعنى منشئاً إياه (هازل به حيث علم لنفسه
مخلصاً) وهو أن ينوي الخبر عن الكفر في الزمان الماضي كاذباً من غير إظهار ذلك
(غيره) أي غير ابتداء الكفر وانشائه . وما هنا وجه ثالث ، وهو أن يقول لم يخطر ببالي
شيء . ولكن كفرت بالله كفرة مستقبلاً وقلبي مطمئن لم تبين منه امرأته استحساناً ذكره
في المبسوط والذخيرة .

(وعلى هذا) أي على التفصيل المذكور (إذا أكره على الصلاة للصليب) أي يسجد
له (وسب محمد ﷺ) أي إذا أكره على سب محمد ﷺ (ففعل) أي سجد للصليب
أو سب محمد ﷺ (وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمداً آخر) أي ونويت به محمداً
آخر (غير النبي ﷺ بانته منه قضاء) أي بانته امرأته منه حيث الحكم لأنه لما
قال نويت به الصلاة لله فقد أقر أن ما وجد منه لم يكن مكرهاً فيه ، والاكرام واقع
عليه فصار بمنزلة ما إذا صلى بين يدي الصليب بدون الاكرام من أحد وقال غنيت به
الصلاة لله يصدق ديانة لا قضاء ، كذا ما هنا (لا ديانة) أي لا يقع فيها بينه وبين الله .
(ولو صلى للصليب وسب محمداً ﷺ وقد خطر) أي والحال أنه قد خطر (بباله
الصلاة لله وسب محمد ﷺ بانته منه ديانة وقضاء لما مر) أشار به إلى قوله لأنه مبتدىء
بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره ، وتحقيق الكلام أنه لما قال خطر ببالي
أن أصلي لله وتركته ذلك وصليت للصليب فإنه يكفر قضاء وديانة ، لأنه صلى للصليب

ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دائرة للقتل . ولو قال الذي أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانته منه حكماً لا ديانة لانه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه . ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانته ديانة

شرط إجراء الأحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه ، فانهم يجعلون الاقرار ركناً . (ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة أي شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (وهي) أي الشبهة (دائرة للقتل) وهذا استحسان . وفي القياس يقتل لأنه بدل دينه ، وقال ~~عنه~~ من بدل دينه فاقتلوه ، وهذا نظير القياس . والاستحسان في المولود بين المسلمين إذا بلغ مرتدأ يحبر على الاسلام ولا يقتل استحساناً للشبهة المتمكنة فيه بسبب اختلاف العلماء . (ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض) هذا معطوف على قوله وقال موقد أظهرت ذلك ، يعني لو قال في جواب قولها قد ثبت منك أخبرت عن أمر ماض ، يعني خطر ببالي كفرت بالله أن أخبر عن أمر ماض كذباً (ولم أكن فعلت) ذلك فيما مضى (بانته منه حكماً لا ديانة) يعني تقع البينونة بينها قضاء لا ديانة ، يعني لا تبين منه فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه ادعى ما يحتمله لفظه (لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه ، وحكم هذا ، الطائع ما ذكرناه) هذا دليل وقوع البينونة حكماً لا ديانة لأن من أقر بالكفر طائماً ثم قال غيبته به الكذب لا يصدق القاضي ، لأنه خلاف الظاهر ، إذ الظاهر هو الصدق حالة الطوعية .

(ولو قال أردت ما طلب مني) يعني قال خطر ببالي الاخبار عن الكفر بالماضي والكذب ، ولكن لم أرد ذلك ، بل أردت ما طلب مني ، يعني من الكفر . يعني أردت كفرأ مستقبلاً جواباً لكلامهم (وقد خطر ببالي) أي والحال أنه قد خطر ببالي (الخبر عما مضى بانته ديانة وقضاء) يعني فيما بينه وبين الله وفي قضاء القاضي ، لأن إنشاء

وهي بتبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل ، فكان القول قوله . بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلماً لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين ، لانه يعلو ولا يعلى . وهذا بيان الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد فليس بمسلم .

صريحاً يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق (وهي) أى الفرقة (بتبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل) فلا تقع الفرقة (فكان القول قوله) يعني فاذا كان كذلك يكون القول قول الزوج .

(بخلاف الاكراه على الاسلام) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال كيف قلتم أن الاعتقاد مع الاكراه لا يدل على التبديل وقد حصل تبديل الاعتقاد مع الاكراه في صورة الاكراه على الاسلام ، لانه لم يعتبر كافراً كما كان بل اعتبر مسلماً لتبديل اعتقاده من الكفر إلى الاسلام . وتقدير الجواب أن حكم الارقداد بالاكراه (حيث يصير به) أى بالاكراه (مسلماً لانه) أن لان الانسان (لما احتمل) أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون (رجحنا الاسلام في الحالين) أى في حالة إجراء كلمة الكفر بالاكراه بالاسلام . وتحقيقه إن وجدت حقيقة الاسلام مع الاكراه فيكون مسلماً ، لان الاسلام إنما يتحقق بالتصديق بالقلب والاقرار باللسان وقد سمعنا إقراره بلسانه ، واللسان يعبر عما في القلب فيحكم باسلامه ، يؤيده قوله عز وجل ﴿ وله أسلم من في السموات والارض طوعاً وكرهاً ﴾ ٨٣ آل عمران ، بخلاف الردة فانها تحصل بتبديل الإعتقاد ، والإكراه دليل ظاهر على عدمه .

(لأنه) أي الإسلام (يعلو) على غيره (ولا يعلى) أي ولا يعلو غيره عليه (وهذا) أي ما ذكرنا من الحكم بإسلامه مع الإكراه (بيان الحكم) في الدنيا (أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد الإسلام فليس بمسلم) هذا كأنه إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي وهذا منقول عن أبي حنيفة رحمه الله أن الايمان هو التصديق والاقرار باللسان

قال وإذا أكره على الردة لم تبين امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد ، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيونة بالشك ، فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايان فالقول قوله استحساناً ، لان اللفظ غير

موضوع للفرقة

(قال) أى القدورى (وإذا أكره على الردة لم تبين امرأته منه ، لان الردة تتعلق بالاعتقاد) يعنى الردة تكون بتبدل الاعتقاد (ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايان لا يكفر ، وفي اعتقاده الكفر شك) لان الايمان ثابت باليقين والردة تعتمد محض الاعتقاد وقد وقع الشك في اعتقاده الكفر بالارتداد كرهاً (فلا تثبت البيونة بالشك) لانها تترتب على وجود الردة من غير شك ، والمترتب على ما شك فيه لا يثبت ، ويجوز أن يكون قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد دليلاً مستقلاً . وقوله وفي اعتقاد الكفر شك دليلاً آخر . وجه الاول بتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه . ووجه الثاني أن الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاد الكفر شك لانه أمر معين لا يطلع عليه إلا بترجمة اللسان ، وقيام الاكراه يصرف من صفة الترجمة فلا تثبت البيونة المترتبة على الكفر بالشك .

(فان قالت المرأة قد بنت منك) أى فان اختلف الزوجان فقالت المرأة اعتقدت بقلبك الكفر حيث أجريت على لسانك كلمة الكفر بالاكراه وبنت منك (وقال هو) أى الزوج (قد أظهرت ذلك) أى الكفر بلساني خوفاً من القتل (وقلبي مطمئن بالايان) ولم يتبدل اعتقادي (فالقول قوله استحساناً) فيبينه ، لان في القياس القول قولهما حتى يفرق بينهما ، لان كلمة الكفر سبب لحصول البيونة كلفظ الطلاق ، فيستوي فيه الطابع والمكره ، وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله (لان اللفظ) يعنى كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعنى لم يظهر فيها ظهوراً بيناً من حيث الحقيقة يكون

طائماً ، لأنه لما خطر بباله أن يصلي الله تعالى فقد أمكنه دفع الاكراه بذلك ، لأن المكره لا يعرف أنه يصلي لله دون الصليب ، لأن الأمر لا إطلاع له على ما في ضميره ، فإذا أمكنه دفع الاكراه بهذا القدر كان طائماً في الصلاة للصليب ، ومن صلى للصليب طائماً فقد كفر قضاء وديانة ، وكذلك الكلام في قوله خطر بباله أن أسب فلاناً إسمه محمد غير النبي ﷺ وتحركت ذلك فانه يكفر أيضاً قضاء وديانة ، لأنه شتم النبي ﷺ في غير موضع الضرورة كفر .

واعلم أن كل واحد من هذين الحكمين يتصور على ثلاثة أوجه كما في مسألة الاكراه على إجراء كلمة الكفر ، ففي وجه يكفر قضاء لا ديانة ، وفي وجه يكفر قضاء وديانة وهما المذكوران في المتن ، وفي وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة ، وهو أن يخطر بباله أن يصلي الله وقد صلى لله لا للصليب ، وقد شرح ذلك في الكافي للحاكم ، وشرحه فقال إن رجلاً لو قال له أهل الحرب وقد أخذوه أسيراً لتكفرن بالله أو لتقتلن ، فكفر بالله في وجه لا يصير كافراً لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، حتى وفي وجه يكفر في القضاء حتى يفرق القاضي بينه وبين امرأته إن كانت له امرأة ولا يكفر فيما بينه وبين الله عز وجل حتى يسهل إمساك امرأته فيما بينه وبين الله تعالى ، وفي وجه يكفر في القضاء وفيما بينه وبين ربه .

أما الوجه الأول فهو ما أكره على الكفر بوعيد تلف فتكلم ولم يخطر بباله شيء على ما أكره عليه قلبه مطمئن بالإيمان ، ففيه لا يكفر أصلاً لا قضاء ولا ديانة ، لقوله تعالى ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ ١٠٦ النحل .

وأما الوجه الثاني وهو أن يكفر قضاء لا ديانة فيما إذا خطر بباله الخبر بالكفر عما مضى بالكذب ولم أرد به كفراً مستقبلاً ، وإنما كفر قضاء لأنه عدل عما أكره عليه لأنه أكره على إنشاء الكفر لا على الاخبار عن الماضي والاخبار عن الانشاء ، فكان طائماً في الاخبار . ومن أقر بالكفر فيما مضى طائماً ثم قال عنيت به الكذب لا يصدق القاضي لانه خلاف الظاهر ، لأن الظاهر هو الصدق حالة الطوعية ، ولكن يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه .

وأما الوجه الثالث وهو أنه يكفر قضاء وديانة فيما إذا قال خطر على بالي الاخبار عن الكفر الماضي بالكذب ولم أرد ذلك بل أردت كفراً مستقبلاً جواباً لكلامهم ، وذلك لانه إنشاء كفر طائماً ، ومن أنشأ كفراً طائماً يكفر قضاء وديانة ، وانما قلنا أنه طائع لانه لما خطر بباله الاخبار بالكفر الماضي كاذباً أمكنه التخلص عما أكره عليه بالأدنى ، لأن الاخبار دون الانشاء ، ألا ترى أنه لو أكره على إقرار بالعتق فأقر لا يعتق العبد ، ولو أكره على العتق فأعتق يعتق .

ولو قيل له لنقتلنك أو لتصلين لهذا الصليب فالمسألة على ثلاثة أوجه ، إما أن يقول خطر على بالي أن أصلي لله وقد صليت له ولم أصل للصليب ، أو يقول خطر ببالي أن أصلي لله فلم أفعل ذلك وصليت للصليب ، أو يقول لم يخطر ببالي شيء وقد صليت للصليب مكرهاً .

ففي الأول لا يكفر ، لأنه صلى الله لا للصليب . ولا فرق أن يكون مستقبل القبة أو غير مستقبلها ، وبه صرح الكرخي في مختصره . وأما إذا قال خطر على بالي أن أصلي لله تعالى وتركت ذلك وصليت للصليب فإنه يكفر قضاء وديانة لأنه صلى للصليب طائماً ، لانه لما خطر على باله أن يصلي لله تعالى فقد أمكنه دفع الاكراه ، لان المكره لا يعرف أنه يصلي لله دون الصليب لانه اطلاع له على ما في ضميره ، فإذا أمكنه دفع الاكراه بهذا القدر كان طائماً في الصلاة للصليب ، ومن صلى للصليب طائماً كفر قضاء وديانة . فأما إذا قال لم يخطر ببالي شيء وقد صليت للصليب مكرهاً لا يكفر أصلاً قضاء ولا ديانة ، لانه فعل ذلك مكرهاً وقلبه مطمئن بالإيمان .

ولو أكره على شتم محمد ﷺ فشمته فالمسألة على ثلاثة أوجه أيضاً ، إما أن يقول خطر على بالي محمد آخر رجل من النصارى فأردت بالشتم ذلك الرجل النصراني . أو يقول خطر على بالي رجل من النصارى اسمه محمد فلم أشتمه وإنما شتمت عمداً عليه السلام وأنا غير راض بذلك . أو يقول لم يخطر على بالي شيء فشمتم محمداً كما طلب مني وأنا غير راض بذلك .

وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم

ففي الوجه الأول لا يكفر لانه لم يشتم محمداً . وفي الثاني يكفر قضاء وديانة ، لانه لما خطر بباله محمداً آخر أمكنه التخلص عن الاكراه بشتم ذلك الرجل ، فلما شتم محمداً عليه السلام كان طائعاً في الشتم ، ومن شتمه طائعاً كفر قضاء وديانة . وفي الرجل ^(١) الثالث لا يكفر لانه مضطر فيما فعل ، فصار كما لو تكلم بكلمة الكفر ولم يخطر على باله شيء وقلبه مطمئن بالايمان .

(وقد قررناه) أي حكم المسائل المذكورة (زيادة على هذا) أي تقريراً زيادة ، أي زائدة على ما قررناه ها هنا (في كفاية المنتهى والله أعلم) يتعلق بقوله قررناه ، وهو إسم للكتاب الذي ألفه المصنف ولم يقع في هذه الديار ويذكر عنه أنه كتاب عظيم مشتمل على مسائل كثيرة ودلائل غريبة .

* * *

(١) ربما أراد وفي الوجه الثالث ، اه مصححه .

كتاب الحجر

قال الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة ، الصغر والرق والجنون ، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال

(كتاب الحجر)

وجه المناسبة بين الكتابين قدم عليه أن في كل منهما سلب الاختيار ، إلا أن في الاكراه أقوى لكونه بمنزلة اختيار صحيح ، فلذلك قدم عليه وهو المنع لغة من حجر عليه ، وسمي الخطيم حجراً لأنه منع من الكسبة ، والعقل حجراً لمنعه صاحبه عن القبائح قال الله تعالى ﴿ قسم لذي حجر ﴾ ه الفجر ، أى لذي عقل ، والحرام حجر إلا أنه ممنوع ، قال الله تعالى ﴿ حجراً محجوراً ﴾ ٢٢ الفرقان ، أى حراماً محرماً ، وشرعاً منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لشخص مخصوص ، وهو المستحق للحجر بأى سبب كان .

(قال) أى القدوري (الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة ، الصغر والرق والجنون) وهذا بالاجماع . وعن أبي حنيفة أنه ألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخرى وهي المخفي المأجن ، والمطلب الجاهل ، والمكاري المفلس (فلا يجوز تصرف الصغير) أى لا ينفذ تصرف الصغير الذى يعقل (إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده) فإذا أذن ولي الصبي وهو والده أو وصيه نفذ تصرفه ، وكذلك إذا أذن المولى للعبد ، لان المنع لحقه ، فإذا أذن فقد رضي بذلك .

(ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال) أى في كل الاحوال ، أى لا ينقصد أصلاً قبل الاذن وبعده ، وأراد بالمجنون المغلوب الذى يعجز ولا يفيق زماناً وهو المغلوب

أما الصغر فلنقصان عقله غير أن إذن الولي آية أهليته ، والرق
لرعاية حق المولى كيلا تتعطل منافع عبده ، ولا يملك رقبته بتعلق
الدين به ، غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه ، والجنون لا
يجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال . أما العبد فأهل في نفسه ،

على عقله ، واحترز به عن الجنون الذي يجن ويفيق ، وهو المعتوه ، فان حكمه حكم
الصبي . قال الكاكي ويحترز به عن الجنون الذي يعقل البيع ويقصده .

واعلم أن أصل العقل يعرف بدلالة العيان وذلك أن يختار المرء ما يصلح له ، وكذلك
القصور لا يتمتع بالإمتحان ، فأما الاعتدال فأمر يتفاوت فيه البشر فإذا توفي الإنسان عن
رتبة القصور أقام الشرع السبب الظاهر الدال وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيراً على ما
هو الأصل ، لأنه متى تعذر الوقوف على المعاني باطنة تقام الأسباب الظاهرة مقامها كما
أقيم للسفر مقام المشقة في جواز الترخيص .

(أما الصغر) أي الصغير العاقل ، أما الصغير الذي لا عقل له فهو كالجنون المغلوب
لا ينفذ تصرفه (فلنقصان عقله ، غير أن إذن الولي آية أهليته) أي علامة أهليته لأن
أهليته مترتبة ، فإذا أذن له الولي دل على أهليته .

(والرق لرعاية حق المولى) يعني أن العبد له أهلية ، لكنه حجب عليه لرعاية حق
المولى (كيلا تتعطل منافع عبده) فإنه لو لم يثبت الحجب لنفذ البيع الذي اشتراه ، وشراؤه
فيلحقه ديون فيأخذ أربابها أكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه (ولا
يملك رقبته) بالنصب عطفاً على قوله كيلا يتعطل ، أي وكيلا تقلل رقبته (بتعلق
الدين به) إذا لم يكن له كسب (غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه) فإذا رضي
بفوات حقه بالإذن جاز تصرفه لأهليته وارتفاع المانع .

(والجنون) الغالب (لا يجامعه الأهلية ، فلا يجوز تصرفه بحال) من الأحوال لما
ذكرنا (أما العبد فأهل في نفسه) لكونه عاقلاً بالغاً قادراً على التصرفات ، ولكن المنع
لحق مولاه كما ذكرنا (والصبي يرتقب أهليته) بضم التاء على بناء المفعول ، ورفع أهليته ،

والصبي يرتقب أهليته ، فلماذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازته إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخه ، لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه ، وفي الصبي والمجنون نظراً لهما ، فيتحرى فيه مصلحتها فيه ، ولا بد أن يعقلا البيع ليوحد ركن العقد فينقصد

أي ينتظر أهليته ، والشراء إذا كان عوضية الثبوت يعطى له حكم الثبوت ، فإذا انضم إذن المولى إليه تقرر ذلك الثبوت وهو عبارة عن النفاذ (فلماذا) أي فلاجل أن العبد أهل في نفسه والصبي يرتقب أهليته (وقع الفرق) أي بين المجنون والصبي والرقيق .

(قال) أي القدوري (ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى) أي من الصبي والعبد والمجنون الذي يحسن ويفيق ، وفي بعض النسخ واشترى أيضاً كما ذكر في القدوري ، لكن أكثر نسخ الهداية بدون أو اشترى . وقال الأتراسي ولم يذكر في الهداية لفظها واشتراه وهو مثبت في المختصر والبداية أيضاً ، وكان في الهداية وقع سهواً من الكاتب (وهو يعقل البيع) أي والحال أنه يعقل ، أي يعلم أن الشراء حالة للملك والبيع سالب له (ويقصده) أي يقصد البيع ، أي يقصد أحكامه ، واحترز عن المازل ، فانه وإن كان يعقل البيع ولكن لم يقصده وأراد به المبت أو السخرية (فالولي) هو الأب أو الجد أو صبيها أو غيرها من المصبات أو القاضي (بالخيار إن شاء أجازته إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخه) وعن الثلاثة لا ينقصد بيع هؤلاء ولا شراؤهم أصلاً ، وكذا الخلاف إذا توكل بالبيع والشراء غيرهم فباع واشترى يجوز عندنا خلافاً لهم .

(لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه ، وفي الصبي والمجنون نظراً لهما) أي لأن التوقف في الصبي والمجنون لأجل النظر في حالهما (فيتحرى مصلحتها فيه) أي فيطلب الولي مصلحة الصبي والمجنون فيما عقده (ولا بد أن يعقلا البيع) أي الصبي والمجنون أراد أن يعلماه (ليوحد ركن العقد) أي التملك ، لأن بهذا العقد يزول ملكهما عن المبيع ويدخل في ملكها الثمن (فينقصد) بنصب الدال عطف على قوله ليوحد

موقوفاً على الإجازة ، والمجنون قد يعقل البيع ويقصده
وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح
وكيلاً عن غيره كما بينا في الوكالة . فإن قيل التوقف عندكم في
البيع ، أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر . قلنا نعم إذا
وجد نقاداً عليه كما في شراء الفضولي ،

(موقوفاً على الإجازة) أى ينعقد عقداً موقوفاً أى حال كونه موقوفاً على إجازة الولي
(والمجنون قد يعقل البيع) كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لا بد في إجازة
الولي لبيع الصغير والمجنون من أن يكونا يعقلا البيع ، والمجنون لا يعقل شيئاً ، فأجاب
والمجنون قد يعقل المبيع (ويقصده) أى يقصد حكمه ، وذلك أن المراد من المجنون
هذا المعتق ، وهذا الذي يختلط في كلامه فتارة يتكلم بكلام العقل وتارة بكلام المجانين ،
وأشار إلى ذلك بقوله (وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة ، وهو المعتوه الذي يصلح
وكيلاً عن غيره كما بينا في الوكالة) عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن
يملك التصرف إلى آخره .

(فان قيل التوقف عندكم في البيع ، أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر) تحرير
السؤال أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشرة ، يعني من غير توقف على ما مر في بيع
الفضولي ، فكيف ينعقد ما هنا موقوفاً على الإجازة ، وأجاب عنه بقوله (قلنا نعم)
يعني نعم أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشر بلا توقف لكن (إذا وجد نقاداً عليه)
أى إذا وجد الشراء نقاداً على المباشر (كما في شراء الفضولي) يعني إذا أطلق الشراء ،
أما إذا أضاف إلى غيره فيتوقف بالإجماع .

واعلم أن شراء الفضولي على وجوه ، ذكرها في الفتاوى الصغرى وتتمته . الأول :
إن أضاف الشراء إليه نصاً بأن قال البائع بعت هذا من فلان ، وقال الفضولي اشتريت
لفلان أو قبلت لفلان ولم يقل لفلان فإنه يتوقف .

والثاني : لو قال بعت منك ، وقال الفضولي قبلت أو قال اشتريت ونوى بقلبه لفلان

وها هنا لم يجد نفاذاً لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه . قال
وهذه المعاني الثلاثة توجب الجبر في الأقوال دون الأفعال ، لأنه
لا مرد لها لوجودها حساً ومشاهدة .

ينفذ بالإتفاق على المشتري ولا يتوقف .

الثالث : إذا قال الفضولي اشتريت هذا فلان ، وقال البائع بعت منك ذكر فيه
شيخ الاسلام خواهر زاده روايتين ، والصحيح أنه لا يتوقف بلا خلاف .

الرابع : إذا قال البائع بعت منك هذا لأجل فلان ، فقال المشتري اشتريت أو
قبلت ، أو قال المشتري اشتريت هذا لأجل فلان فقال البائع بعت فانه لا يتوقف .
(وها هنا) أى فيما نحن فيه من حكم بيع الصبي والمجنون والعبد (لم يجد نفاذاً)
أى لم يجد الشراء نفاذاً على المباشر (لعدم الأهلية) في الصبي والمجنون (أو لضرر المولى)
في العبد (فوقفناه) أى العقد من هؤلاء . قال السفناقي هذا الذى ذكره إنما يرد
على لفظ مختصر القدورى حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء أشياء أو اشترى ، أما
ها هنا يعنى في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال . ولكن جعل
المذكور في القدورى مذكوراً ها هنا ، فأورد الاشكال ولكن موجود في بعض
النسخ كما ذكرنا .

(قال وهذه المعاني الثلاثة) يعنى الصغر والمجنون والرق (توجب الجبر في الأقوال)
يعنى ما ترد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء ، وأما الأقوال التى فيها نفع محض
فالصبي فيها كالبائع ، وهذا يصح منه قبل الهبة والاسلام ولا يتوقف على إذن الولي ،
كذلك العبد والمعتوه ، وأما ما يتمخض منها ضرراً كالطلاق والعتاق ، فانه يوجب الاعدام
من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد (دون الافعال) يعنى أن المعاني الثلاثة
لا توجب الجبر عن الافعال (لانه) أى لان الشأن (لا مرد لها) أى للافعال حتى أن
ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال ، وكذا العبد
والمجنون إذا أتلفا شيئاً لزمهما الضمان في الحال (لوجودها) أى لوجود الافعال (حساً

بمخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه
إلا إذا كان فعلاً يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحُدود والقصاص ،
فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون .

(ومشاهدة) أى من حيث الحس والمشاهدة ، فإذا حصل بها الاتلاف من قطع أو قتل أو إراقة شيء لا يمكن أن يجعل كلها إتلاف .

(بمخلاف الأقوال ، لأنه اعتبارها موجودة) أى حال كونها موجودة (بالشرع) أى حاصل بالشرع وهو خير ، لأن أراد أن اعتبار أقوال هؤلاء بالمشروع والشرع لم يجعل الإقرار لهؤلاء لهم فيما تردد من النفع والضرر معتبرة في حق النفاذ (والقصد من شرطه) أى القصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصدا لقصور العقل ، فينتفي المشروط به ، وأما في العبد فالقصد وإن وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره .

فإن قيل الأقوال موجودة حساً ومشاهدة ^(١) شرط اعتبارها موجودة شرعاً بالقصد دون الأفعال ، فالجواب من الوجهين ، أحدهما أن الأقوال الموجودة حساً ومشاهدة ليست عين مدلولاتها ، بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل الموجود بمنزلة المعدوم ، بمخلاف الأفعال ، فإن الموجود منها عينها فبعدها وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة . والثاني أن القول قد يقع صدقاً وقد يقع كذباً وقد يقع مزلماً ، فلا بد من القصد ، ألا ترى أن القول في الحر العاقل البالغ إذا وجد هازلاً لا يعتبر شرعاً كذا في هذه الثلاثة ، بمخلاف الأفعال ، فإنها حيث وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها .

(إلا إن كان ^(٢) فعلاً) استثناء من قوله دون الأفعال ، أى هذه المعاني الثلاثة لا توجب الجبر في الأفعال إلا إذا كان ذلك الفعل فعلاً (يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحُدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون) حتى لا

(١) في هذا الموضع كلمة غير مقروءة ورسمها = فأبالها - اه مصححه .

(٢) إلا إذا كان - هامش .

قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما لما بينا ولا يقع
 طلاقهما ولا إعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق
 الصبي والمعتوه

يجب عليها الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل، أما في حق
 العبد فللزوم الضرر في حق المولى من غير اختياره ، فهذا يتوقف على إجازته .

(قال) أي القدوري (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أي لا ينفذ عندنا ،
 ولكن ينمقد موقوفاً على إجازة الولي خلافاً للثلاثة (ولا إقرارهما لما بينا) أشار به إلى
 قوله والقصد من شرطه . فإن قلت لما أعاد هذه المسألة . قلت أعاد تقريباً على الأصل
 المذكور أن هذه الممانى الثلاثة فوجب الحجر عن الأقوال لتساق القوليّات في موضع واحد
 (ولا يقع طلاقها ولا عتاقها) أي طلاق الصبي والمجنون واعتاقهما (لقوله ﷺ كل
 طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه) هذا الحديث بهذا اللفظ لم يثبت ، وإنما أخرج
 الترمذي في الطلاق عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد الخزومي عن أبي هريرة
 رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه
 المغلوب على عقله ، وقال حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث ... والمعجب المعجب
 من صاحب الرعاية مع ادعائه التعمق في العلوم وكونه في ديار الحديث وكتبه الجمّة بقول
 بعد قوله ﷺ كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه ، رواه الترمذي عن أبي هريرة
 وكيف عزوه إلى الترمذي بهذا المتن وقد بينت لك ما أخرجه الترمذي . فهل هذا
 لاستهتار عظيم بالألفاظ النبوية ، اللهم اجعلنا ممن ينتبه لهذا وممن ينتقد الجيد والزيّف .

والاستدلال في هذا الموضع بحديث رفع القلم عن ثلاث أولى وأحسن على ما لا يخفى ،
 لأنه روي من طرق صحاح وحسان ، وقد رواه جماعة من الصعابة رضي الله عنهم ، الأول
 علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، ولحديث طلوق أمثلها ما دار ، وأبو داود من طريق
 ابن وهب عن جرير بن حازم عن سليمان بن مهران وهو الأعمش عن أبي طبيان حصين بن
 جندب عن ابن عباس ، قال مر علي بن أبي طالب رضي الله عنه بمجنونة بني فلان وقد

زنت فأمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه برجها فردها علي رضي الله عنه وقال لممر رضي الله عنه يا أمير المؤمنين أرجم هذه قال نعم ، قال أما تذكر أن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاث عن المجنون المغلوب على عقله ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، قال صدقت فخلى عنها .

ورواه الحاكم في المستدرک وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، وقال الدارقطني في كتاب العلل هذا حديث يرويه أبو طبيان واختلف عنه فرواه سليمان الأعمش عنه ، واختلف عليه فرواه جرير بن حازم عن الأعمش عن أبي طبيان عن ابن عباس فرفعه إلى النبي عليه السلام عن علي وعمر رضي الله عنهما تفرد به ابن وهب عن جرير بن حازم وخالفه ابن فصد وكيع فرواه عن الأعمش عن أبي طبيان ^(١) عن علي وعمر موقوفا ، ولم يذكر ابن عباس كذلك رواه سعيد بن عبيدة عن أبي طبيان موقوفا ولم يذكر ابن عباس . ورواه أبو حصين عن أبي طبيان عن ابن عباس عن علي وعمر موقوفا ، واختلف عنه فقيل عن أبي طبيان عن علي موقوفا قاله أبو بكر ابن عباس وشريك عن أبي حسين .

ورواه عطاء بن السائب عن أبي طبيان عن علي وعمر رضي الله عنهما مرفوعا حديث حماد بن سلمة وأبو الأحوص وجرير بن عبد الحميد وعبد العزيز بن عبد الصمد وغيرهم . وقول وكيع وإن فضيل أشبه بالصواب . وروى أبو داود أيضا عن أبي الصخي وهو الصخي وهو مسلم بن صبيح بضم الصاد وفتح الباء الموحدة عن علي رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يكلف وهو منقطع ، قال الشيخ تقي الدين تابعه الشيخ زكي الدين المنذرى أبو الصخي لم يدرك علي بن أبي طالب . وروى أبو داود أيضا عن أبي الأحوص

(١) هكذا يرد في الأصل متغيراً ، وإنما هو أبو طبيان بإعجام الظاء المفتوحة كما أثبتته تهذيب التهذيب ، اهـ مصححه .

جرير كلاهما عن عطاء بن السائب عن أبي ظبيان قال أتى عمر رضى الله عنه بامرأة قد فجرت فأمر برجمها فأتى علي رضى الله عنه فأخذها فغلى سبيلها فأخبر عمر رضى الله عنه فقال ادعوا إلي علياً ، فجاء فقال يا أمير المؤمنين لقد علمت أن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ وعن المعتوه حتى يبرأ ، وأن هذه معتومة بنى فلان لعل الذى أتاها وهى في بلائها قال ، فقال عمر رضى الله عنه لا أدري فقال علي رضى الله عنه وأنا لا أدري .

وأخرجه النسائي في الرجم عن عبد العزيز بن عبد الصمد عن عطاء بن السائب به ، وأخرجه أحمد في مسنده عن حماد بن سلمة عن عطاء به ، وقال في آخره فلم يبرجها قال الشيخ تقي الدين وهذه الرواية يتوقف اتصالها على أبي ظبيان لعلي وعمر رضى الله عنهما لأنه حكى الواقعة ولم يذكر أنه مشاهداً فهي محتملة ، ثم سماع ، ولكن الدارقطني أثبت لقاءهما فسئل في علله هل لقي أبو ظبيان علياً وعمر رضى الله عنهما فقال نعم قال وعلى تقدير الاتصال فعطاء بن السائب اختلط بآخره ، قال الإمام أحمد : معين ومن سمع منه حديثاً فليس بشيء ومن سمع منه قديماً قبل ، وأيضاً فهو معلول بالوقف كما رواه النسائي من حديث أبي حصين بفتح الحاء وكسر الصاد عن أبي ظبيان عن علي رضى الله عنه وقال النسائي وأبو حصين أثبت من عطاء بن السائب .

وأخرجه ابن ماجه عن القاسم بن زيد عن علي رضى الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ رفع القلم عن الصغير والمجنون والنائم ، قال الشيخ تقي الدين قابلاً لشيخه المنذري القاسم هذا لم يدرك علياً رضى الله عنه وكذلك في أطراف ابن عساكر وأخرجه الترمذي في الحدود والنسائي أيضاً في الرجم عن همام عن قتادة عن الحسن عن علي رضى الله عنه قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل وقال الترمذي حديث حسن غريب من هذا الوجه ، وقد روي عن علي رضى الله عنه من غير وجه ولا نعرف للحسن سماعاً من علي رضى الله عنه .

وأخرجه النسائي عن يزيد بن زريع عن يونس عن الحسن عن علي رضى الله عنه قوله

ثم قال وحديث يونس أشبه بالصواب من حديث همام قال ابن عسكر في أطرافه ، قلت قد رواه سعيد عن قتادة عن الحسن أن عمر رضي الله عنه أراد أن يرحم مجنونة فقال علي رضي الله عنه سمعت رسول الله ﷺ يقول رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الطفل حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يبرأ أو يعقل فدرأ عنها عمر رضي الله عنه الحد . وعن هشيم عن يونس عن الحسن عن علي رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يبلغ ، وعن المصاب حتى ينكشف عنه .

والثاني أبو قتادة رضي الله عنه أخرج حديثه الحاكم في المستدرک وفي الحدود عن سعيد بن أبي مروة قتادة عن عبد الله بن أبي رباح عن أبي قتادة رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن المعتوه حتى يصح وعن الصبي حتى يحتلم ، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

والثالث أبو هريرة رضي الله عنه أخرج حديثه البزار في مسنده حدثنا حمدان بن عمر حدثنا سعيد بن عبد الحميد حدثنا عبد الرحمن بن عبد الله بن عمر رضي الله عنه عن سبل ابن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ رفع القلم عن ثلاث عن الصغير حتى يكبر ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وسكت عنه .

والرابع ثوبان والخامس شداد أخرج حديثهما الطبراني في مسند الشاميين ثنا عبد الرحمن بن سكم الرازي ثنا عبد المؤمن بن علي الزعفراني ثنا عبد السلام بن حرب عن برد بن سنان عن مكحول عن ابن ادريس الخولاني رضي الله عنه أخبرني غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ منهم ثوبان وشداد بن أوس عن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المبلى حتى يبرأ ، والصبي حتى يكبر .

والسادس عائشة رضي الله عنها أخرج حديثها أبو داود وابن ماجه والنسائي عن حماد بن أبي سلمة عن حماد وهو ابن أبي سليمان عن ابراهيم عن الأسود عن عائشة أن رسول الله ﷺ

والاعتناق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق
بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار
بلوغه حد الشهوة ، فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرة
بخلاف سائر العقود وإن أتلّف شيئاً

قال رفع القلم عن ثلاثة ... إلى آخره لفظ ثوبان وشداد ، وأخرجه الحاكم في مستدركه
وقال حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وقال في الامام وهو أقوى اسناد آمن
حديث على رضي الله عنه . وقال صاحب التنقيح حماد بن أبي سليمان وثقه النسائي والعجل
وابن معين وغيرهم ، وتكلم فيه ابن سعيد والأعمش وروى له مسلم مقرون بغيره . قلت
هو ثقة كبير جليل المقدار ، وهو شيخ أبي حنيفة رضي الله عنه .

(والاعتناق يتمحض مضرة) أراد أن الإعتناق ضرر محض ، وهذا ظاهر (ولا
وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال) من الأحوال ، أما في الحال (لعدم الشهوة)
وأما في المال فلأن علم المصلحة فيه تتوقف على العلم بتباين الاختلاف وتناظر الطباع عند
بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك (ولا وقوف للولي على عدم التوافق) يعني بين الصبي
وامراته (على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أراد بهذا الاعتبار لا وقوف له على ذلك ،
وأما في الحال فإنه يمكن أن يقف على مصلحته ، ولكن الاعتبار وقت البلوغ (فلهذا)
أي فلاجل ذلك (لا يتوقفان) أي الطلاق والعناق (على إجازته) أي إجازة الولي
(ولا ينفذان) أي طلاق الصبي وعناقه (بمباشرة) أي بمباشرة الولي ، وفي هذا التركيب
تسامح ، إذ حقه أن يقال لا ينفذان بإجازته ، لأن الطلاق أو العناق الذي يشره
الصبي محال يباشره الولي ولكن يحوز أن يقال معناه لا ينفذ طلاق امرأة الصبي وعناقه
عبد الصبي مباشراً الولي الطلاق والعناق (بخلاف سائر العقود) مثل البيع والشراء
قبول الهبة والصدقة والهدية فإن للصبي وقوفاً على ما فيه المصلحة وما فيه المضرة ،
وكذلك الولي .

(قال) أي القدوري (وإن أتلّف شيئاً) هذا بيان لتفريع الأفعال على الأصل

لزمها ضمانه احياء لحق المتلف عليه ، وهذا لأن كون الإلتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائض المائل بعد الإشهاد ، بخلاف القولي على ما بينا . قال فأما العبد فأقراره نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه ، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه ، وكل ذلك إلتلاف ماله . قال فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع ولا يلزمه في الحال لقيام المانع ،

المذكور ، أي إن أتلف الصبي والمجنون شيئاً (لزمها ضمانه إحياء) أي لأجل الإحياء (لحق المتلف عليه) بفتح اللام (وهذا) أي وجوب الضمان (لأن كون الإلتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائض المائل بعد الإشهاد) يعني انه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ، ومع ذلك يجب الضمان (بخلاف القولي) أي التصرف القولي فإنه يتوقف على القصد (على ما بيناه) أشار به إلى قوله بخلاف الأقوال ، لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه .

(قال) أي القدوري (فأما العبد فأقراره نافذ في حق نفسه) حتى يؤاخذ به بعد العتق . فان قلت هذا معطوف على ماذا . قلت على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما (لقيام أهليته) أي لوجود أهليته وهو انه غير مكلف (غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانيته ، لأن نفاذه) أي لأن نفاذ إقراره في الحال (لا يعرى عن تعلق الدين برقبته) أي إذا استقر الدين في رقبته أو ساواها (أو كسبه) أي إذا كان الدين أقل من رقبته (وكل ذلك) أي تعلق الدين برقبته أو كسبه (إلتلاف ماله) أي إلتلاف مال المولى .

(قال) أي القدوري (فان أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع) وهو رعاية حق المولى (ولم يلزمه في الحال لقيام المانع) وهو حق المولى (وإن أقر بمجد

وإن أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال ، لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ، ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق ،

أو قصاص لزمه في الحال) وقال في شرح الأقطع وقال زفر لا يصح إقراره إذا كان محجوراً عليه ، لأنه لو صح يلزم منه إتلاف مال المولى ، فلا يصح كما لو أقر بدين ، وأشار إلى دليلنا بقوله (لأنه مبقى) أى العبد يبقى بتشديد القاف (على أصل الحرية في حق الدم) لأن الحدود والقصاص من خواص الآدمية ، لأنها من التكاليف ، والعبد في حق التكاليف مبقى على أصل الآدمية فينفذ إقراره بها (حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك) أى بالدم أو بالحد .

فان قلت فيه أيضاً بطلان حق الولي . قلت بطلان حقه ضمني ، والضمني لا يعتبر . فان قلت قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق يقتضي أن لا يملك الإقرار بالحدود والقصاص . قلت لما بقي على أصل الحرية فيهما يكون هذا إقرار الحر لا إقرار العبد ، ولأن قوله تعالى ﴿ بل الإنسان على نفسه بصيرة ﴾ ١٢ الواقعة ، يقتضي أن يصح ، ولا يقال إنه خص عنه الإقرار بالمال لأن النص لم يتناوله إذ إقراره ملحق حق الغير ، والنص يتناول الإقرار على نفسه .

(وينفذ طلاقه) أى طلاق العبد (لما روينا) أشار به إلى قوله عليه السلام طلاق واقع إلا طلاق العصبي والمعتوه (ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق) هذا الحديث بهذه العبارة لم يثبت ، ولكن أخرج ابن ماجه في سننه في الطلاق عن ابن لهيعة عن موسى بن أيوب الغافقي عن الرمة عن ابن عباس قال أتى النبي عليه السلام رجل فقال يا رسول الله ﷺ إن سيدي زوجني أمة وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي عليه السلام المنبر وقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمة ثم يريد أن يفرق بينها ، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق .

فان قلت ابن لهيعة ضعيف . قلت وثقه أحمد والطحاوي وكفى بها حجة ، أخرجه

ولأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلاً ، وليس فيه إبطال
ملك المولى ولا تقويت منفعه فينفذ والله أعلم .

ابن عدى في الكامل عن الفضل بن مختار عن عبيد الله بن موهوب عن عصبه بن مالك
قال جاء مملوك إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله ﷺ إن سيدى زوجني أمته
... الحديث .

(ولأنه) أى العبد (عارف بوجه المصلحة فيه ، فكان أهلاً) للطلاق (وليس فيه)
أى في طلاق العبد زوجته (إبطال ملك المولى ولا تقويت منفعه فينفذ) أى طلاقه ،
لأنه مختص بالإنسانية فكان كالحر (والله أعلم بالصواب) .

* * *

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفیه

(باب الحجر للفساد)

أى لأجل الفساد . ولما فرغ من الحجر المتفق عليه شرع في بيان الحجر المختلف فيه ، والمراد بالفساد السفیه ، وهو خفة تعتري الانسان من غضب أو فرح فتحمله على العمل ، بخلاف موجب الشرع والعقد مع قيام العقل ، وقد غلب في عزف الفقهاء على تبذير المال أو اتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع ، يقال سفهت الريح الشجر إذا مالت به ، ومسائل هذا الباب مبنية على قول الأصحاب لا على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا يرى حجر الفساد والسفه .

(قال أبو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفیه) أى خفيف العقل ، وهو غير المعتوه ، فان المعتوه ناقص العقل . وفي المبسوط من عادة السفیه التبذير والإسراف في النفقة وأن يتصرف تصرفاً لا القوض أو عوض لا يعمده العقلاء من أهل الديانة عرضاً مثل دفع المال إلى الممنين واللعابين وشراء الحمار الطيارة بثمان غال والغبين في التجارات عند غير محمد . قال صاحب المحيط الكبير في طريقة المولى الحجر على الحر العاقل البالغ السفیه المبذر لماله في الخير والشر غير جائز عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ثم انها اختلفا فيما بينها في السفیه إذا بلغ محجوراً ومطلقاً . قال محمد يبلغ محجوراً ولا يحتاج إلى حجر القاضي . وقال أبو يوسف يبلغ مطلقاً ويحتاج إلى حجر القاضي ، فأجمعوا على أنه يمنع عنه المال إلى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة ، ثم اختلفوا بعد ذلك ، قال أبو حنيفة لا يمنع عنه ماله بعد خمس وعشرين سنة ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يمنع عنه ما دام السفیه قائماً .

وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » وهو قول الشافعي « رح » يحجر على السفیه ويمنع من التصرف في ماله لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي بل أولى ، لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ، ولهذا منع عنه المال . ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده .

(وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً) بتشديد الذال المعجمة ، وقوله (مفسداً) تفسيراً لقوله مبذراً (يتلف ماله في ما لا غرض له فيه ولا مصلحة) كاللقاء في البحر أو السواف بالنار ونحو ذلك .

(وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي « رح ») ومالك واحد « رح » (يحجر على السفیه ويمنع من التصرف في ماله) كالبيع والشراء والاجارة ونحوهما مما يحتمل الفسخ ، وأما التي لا يحتمله فلا يحجر فيه كالطلاق والعقاق والاقرار بالحدود والقصاص (لأنه مبذر) أى لأن السفیه مبذر (ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل) وكل من هو كذلك (فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي) حيث يحجر عليه (بل أولى ، لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه) أى وفي حق السفیه (حقيقة) أى حقيقة التبذير (ولهذا منع عنه المال) أى ولأجل وجود حقيقة التبذير فيه منع عنه ، أى عن السفیه المال بالنص بقوله تعالى ﴿ وَلَا تَوَقُّوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ فِي هَٰلِكٍ ﴾ النساء .

(ثم هو) أى منع المال (لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده) لأن بيع ماله بالغبن الفاحش فيؤدى ذلك إلى إتلاف ماله ، قيل هذا الذى ذكره في الدليل إنما يصح على قولها ، وأما على قول الشافعي فلا يصح ، لأن حجر السفیه عنه بطريق الزجر والعقوبة عليه والفائدة تظهر فيما إذا كان السفیه مفسداً في دينه مصلحة في ماله

ولأبي حنيفة «روح» ، أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد ،
وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهايم وهو أشد
ضرراً من التبذير فلا يحتمل الأعلى لدفع الأدنى ، حتى لو كان في
الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبيب الجاهل

كالفاسق ، فعنده يحجر عليه زجراً وعقوبة ولا يحجر عليه عندهما . قلت لا نسلم أن
الشافعي يرى ذلك بطريق الزجر والعقوبة فقط ، بل يراه بهذه الطريقة وبطريقه ما قال
أيضاً فإن عنده يجوز الحجر بما جاز أوبه ، وفي الفسخ أيضاً وهما لا يرياناه بالفسق ،
فحينئذ ما ذكره من الدليل يصح على قولهما ، وعلى قوله أيضاً فيما اتفق معها فيه فافهم .
(ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى انه) أى أن السفیه (مخاطب عاقل) وفي هذا الوصف
إشارة إلى أهلية التصرف ، لأن التكليف يقتضي التمكن من الاستيفاء جرياً على موجب
التكليف ، والاستيفاء إنما يكون بالوصول إلى الأموال وذلك بالتملك والتملك
وبالعقل يثبت أهلية التمييز والشرع جعل الرشيد بسبيل من التصرفات تملكاً وتملكاً
لهذا المعنى ، وانه موجود في حق السفیه لأنه مكلف عاقل كالرشيد (فلا يحجر عليه
اعتباراً بالرشيد) .

فان قيل ينتقض هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه . قلت إنما قال إنه
مخاطب وهو مطلق والمطلق يتصرف إلى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطباً
لسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والأضحية والكفارات المالية وبعض
الخطابات الغير مالية كالطج والجمعة والعیدین والشهادات وشطر الحدود وغيرها . ولو قال
لأنه مخاطب عاقل حر سقط الاعتراض .

(وهذا) أى عدم الحجر (لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهايم)
باعتبار قوله في التصرفات (وهو) أى الحجر عليه (أشد ضرراً من التبذير فلا يحتمل
الأعلى) الذى هو الحجر (لدفع الأدنى) الذى هو التبذير (حتى لو كان في الحجر دفع
ضرر عام كالحجر على المتطبيب الجاهل) وهو الذى يعالج الناس من الكتب من غير

والفقي الماجن والمكاري الفيلس جاز فيا يروي عنه ، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى ،

مراجعة على المشايخ ولا وقوف على خوامض الكليات ، ولا معرفة بطباع الأدوية ولا تشخيص الأمراض العارضة كأبناء هذا الزمان الذين يتولون وظائف الحكمة ورياستها بواسطة المال واعانة الظلمة .

(والفقي الماجن) وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده والفقي الجاهل وهما متقاربان ، لأن ضررهما عام وهو من يحن الشيء يحن مجوناً إذا صلب وغلظ ، وقولهم رجل ماجن كأنه أخذ من غلظ الوجه وقلة الحياء ، وليس بعربي محض ، قاله ابن دريد. والفقي الماجن الذي يعلم الناس الحيل الباطلة ، مثل أن يعلم المرأة حتى ترد فتبين من زوجها ، ويعلم الرجل انه يرتد فتسقط عنه الزكاة ثم يسلم ولا يبالي أن يحرم حلالاً أو يحلل حراماً يفسد على الناس دينهم ، ولقد شاهدت بالديار المصرية طائفة قد تحلوا بحلية الفقهاء واستولوا على مناصب الأجل من العلماء بمخالطتهم الظلم وأرباب الدولة ومشاركتهم إياهم فيما هم فيه من الفساد ، وأعطوا لهم بما يطابق أعراضهم للفاسدة وبما يوافق أهواءهم الكاسدة فضلوا ، ولقد وقع ممعي على بعض الثقافات أن واحداً منهم قد أفتى الملك لهم كبير بإباحة الاتيان في مباليكه مستدلاً بقوله عز وجل ﴿ أو ما ملكك إيمانكم ﴾ ٣ النساء ، وآخر قد أباح شرب الخمر مستدلاً بأنها لا تقذف بالزبد وهو شرط في الحرمة . وآخر أفتى يجوز السماع والرقص وسماع الملامي مستدلاً بلعب الحبشة في مسجد النبي عليه السلام بالحرايب والدرق وبالجاريتين المغنيتين ونحو ذلك مما ذكر عنهم من الترهات والأباطيل أعاذنا الله من شر هؤلاء الذين ﴿ ضل سعيهم في الحياة الدنيا ﴾ ١٠٤ الكهف ﴿ وما لهم في الآخرة من خلاق ﴾ ٢٠٠ البقرة .

(والمكاري الفيلس) لأنه يتلف أموال الناس ، فإنه إن مات حولته في الطريق وليس له أخرى ، والمستكري لا يحد شيئاً إلا بالبيع ولا بالإجارة ، فيؤدي ذلك إلى إقتلاف أموال الناس ولا سيما مكارية الحج بفسادهم ظاهرة للناس فلا يحتاج إلى البيان (جاز فيا يروي عنه) أي جاز الحبر فيا يروي عن أبي حنيفة (إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى)

ولا يصح القياس على منع المال، لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي، لأنه عاجز عن النظر لنفسه، وهذا قادر عليه نظراً والشرع مرة بإعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره، ومنع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك

أي لأن الحجر على هؤلاء دفع الأعلى، أي الضرر الأعلى وهو الضرر العام بالضرر الأدنى، وهو الضرر الذي يلحق المحجور.

(ولا يصح القياس على منع المال) هذا جواب عن قولها، ولهذا منع منه المال، أي لا يصح قياس جواز الحجر عليه على جواز منع المال منه (لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة) أي لأن الحجر على السفه أبلغ من منع المال عنه في العقوبة، يعني منع المال إنما هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجراً له على التبذير، والحجر أبلغ فيه في العقوبة فلا يقاس عليه. قيل هذا يلزم على الشافعي «رح» لأنه يرى الحجر عليه عقوبة، أما عندهما الحجر عليه نظراً له. وقيل هذا على طريق بعض مشايخنا حيث قال إن بطريق العقوبة، وقيل في وجه منع هذا القياس أن منع المال شرع غير معقول المعنى إذا منع الأدنى عن التصرف وهو مالك غير معقول فلا يقاس عليه. وقيل إن اليد للأدنى على المال نعمة زائدة وإطلاق اللسان في التصرفات أصل فلا يقاس بإبطال أعلى التعمتين على أدناهما.

(ولا على الصبي) جواب أيضاً عن قولها اعتباراً بالصبي أن لا يقاس السفه بالصبي (لأنه) أي لأن الصبي (عاجز عن النظر لنفسه) فلذلك احتج ضرورة إلى صيرورة الغير ولياً والمولى عليه لا يلي التصرف (وهذا) أي السفه (قادر عليه) أي على النظر لنفسه لكمال عقله (نظراً والشرع مرة بإعطاء آلة القدرة) من العقل والحرية والبلوغ وإن كان يعدل عن السنن بالعقل بهواه (والجري على خلافه) أي وجري السفه على خلاف ذلك (لسوء اختياره) لا يعجزه، فكان قياس قادر على عاجز فلا يصح (ومنع المال مفيد) هذا جواب عن قوله ثم هؤلاء يفيد الحجر، يعني أن منع المال بدون الحجر مفيد (لأن غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات) دون التجارات (وذلك

يقف على اليد

يقف على اليد (أى لا يملك إلا بالقبض ، فإذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك ، وإن فعل لم يفد .

فان قلت قوله تعالى ﴿ فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يعمل هو فليملل وليه بالعدل ﴾ ٢٨٢ البقرة ، يدل على الحجر ، لانه تعالى جعل السفية ولياً عليه ، فإذا كان عليه ولي كان مولياً عليه ، وكونه مولياً عليه دليل أنه محجور عليه . وروي عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أنه اشترى داراً بأربعين ألف درهم وطلب علي من عثمان رضي الله عنهما أن يحجر عليه فشارك الزبير بن العوام ، فلما بلغ ذلك عثمان رضي الله عنه قال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير بن العوام ، وإنما حلل بهذا لان الزبير كان مجتهداً في التجارة ، فلو كان هذا عيباً كما شاركه الزبير في طلب علي ، وتعليل عثمان واحتيال عبد الله بهذه الحيلة يدل ذلك على آدميتهم أو الحجر على الحر ، ولم ينقل عن غيرهم خلاف مكان إجماعاً .

وحدث أبو عبيد في غريب الحديث بإسناده إلى عمر رضي عنه أنه خطب الناس فقال إلا أن الاسينع اسينع جهينه رضي من دينه وأمانته أن يقال سابق الحاج ، أو قال سبق الحاج فإدان معرضاً فأصبح قدرين به فمن له عليه دين فليقد بالغداة فلتقسم ماله بينهم بالخصص ، فهذا دليل على أن عمر رضي الله عنه حجر عليه بسبب الافلاس وباع ماله من غير رضا .

قلت الجواب عن الآية أن الله تعالى جوز المداينة مع السفية كما جوزها مع المصلح ، هذا يدل على أن السفية لا يوجب الحجر ، ويقال إن السفية ما هنا هو المجنون والصغير وعليه كثير من أهل التأويل وذلك بانعدام العقل أو نقصانه ، وكذا يحمل السفية في قوله تعالى ﴿ ولا تؤولوا السفهاء أموالكم ﴾ فيسقط به الاحتجاج أيضاً في الحجر ، والمراد نهي الأزواج عن دفع المال إلى النساء جعل التصرف إليهن كما كانت العرب تفعله ، ألا ترى أنه قال أموالكم وذلك يتناول مخاطبين بهذا النبي لا أموال السفهاء . وقوله تعالى ﴿ فليملل وليه بالعدل ﴾ لا يدل على أن السفية مولى عليه لا محالة ، لان بعض المفسرين قال

قال وإذا حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل
حجره وأطلق عنه جاز ، لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ،

المراد من الولي صاحب الحق على بالعدل بين يدي من عليه الحق لئلا يزيد على ذلك شيئاً
فأوتوا أو نقص الكره صاحبه ، كذا في شرح التأويلات .

وأما حديث عبد الله فان كان رأى علي رضي الله عنه هو الحجر على المنذر فقد كان
رأى الزبير وعبد الله بن جعفر على خلاف ذلك ، حيث اشتغلا بإبطال الحجر فإن
هذه مسألة وقع الخلاف فيها بين أصحاب رسول الله ﷺ فلا يجب النزول على قوله واحد
منهم ، ويجب ترجيح قول البعض على البعض بالدليل . وحديث عمر رضي الله عنه
فالغالب إن فعل ذلك برضاه فلا يكون ذلك دليل الحجر ، فلا ينفي الخصم حجة . قوله
فأدان معرضاً ، يعني استدان معرضاً وهو الذي يعترض الناس ليستدين ممن أمكنه ،
يقال دين به أى غلب ، يقال دين بالرجل ديناً إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه .

(قال وإذا حجر القاضي عليه) تقرير على مسألة الحجر ، أى على السفيه . وقال
الأتراسي ذكر هذا جواب للسؤال الذي ذكره . وفي النسخ طريقة الخلاف بأن يقال سلمنا
أن تصرف المحجور قبل حجر القاضي نافذ ، ولا كلام لنا فيه ، وكلامنا فيما إذا حجر
القاضي فلم قلتم أن تصرفه ينفذ بعد الحجر ، لأن قضاء القاضي إذا وقع في فصل مجتهد
فيه نفذ قضاؤه بالاتفاق كما في بيع المدبر والقضاء على الغائب وقسمة الغنائم ، فينبغي أن
لا يسند تصرف السفيه بعد حجر القاضي ، فأجابوا عنه يجوابين ، أحدهما ما ذكروا في
مسألة القضاء على الغائب أن نفس القضاء إذا كان مجتهداً فيه لا ينفذ ، وهنا كذلك ،
لأن نفس القضاء بالحجر على السفيه مجتهد فيه . والثاني أن هذا ليس بقضاء بل هو
فتوى ، فكان قضاء هذا القاضي وفتوى غيره سواء (ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل
حجره) أى حجر القاضي الأول (وأطلق عنه جاز) أى عن السفيه جاز تصرفه (لأن
الحجر منه) أى من القاضي (فتوى وليس بقضاء) لأن القضاء لا بد له من خصومة ،
لأنه شرع لفصل الخصومات ، ولا بد للخصومة من الدعوى والإنكار ولم يوجد ذلك فلا

ألا يرى أنه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء
نفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء ، حتى لو رفع
تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطان
تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر فقد

يكون قضاء بل هو فتوى لعدم المقضي له والمقضي عليه ، وهو معنى قوله (ألا يرى أنه
لم يوجد المقضي له والمقضي عليه) فلا يكون قضاء ، لأن القضاء يثبت ما ليس بثابت ،
بل هذا كان مثبتاً ما كان ثابتاً ، فانه كان محجوراً عليه قبل القضاء متى كان مبذراً لماله
وهذا هو حد الفتوى .

(ولو كان قضاء) يعني ولئن سلمنا أن حجر القاضي كان قضاء على احتمال بعيد ، وهو
أن يحمل السفية مقضياً له من حيث أن الحجر نظر له . وقال تاج الشريعة رحمه الله
قلت جاز أن يكون هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال يمكن أن يحمل السفية مقضياً
له من حيث أن الحجر ما ثبت إلا نظراً له ، والقضاء بالحجر يقع عليه ، فيجعل مقضياً له
أيضاً ، فإذا وجد المقضي له والمقضي عليه باختلاف الجهة فلا يكون قضاء ، فلا ينبغي
للقاضي الثاني الحكم بخلافه ، فأجاب رحمه الله بأنه لو كان قضاء (نفس القضاء مختلف
فيه) لأن عند أبي حنيفة لا يجوز القضاء بالحجر ، وعندهما يجوز فيكون نفس القضاء
مختلفاً فيه ، فيكون القاضي الثاني بسبيلين تنفيذه وإبطاله لكونه ثابتاً من وجه دون
وجه فلا بد من الإمضاء ليرتفع نقصان اختلاف العلماء .

نظيره إذا تزوج رجل بشهادة رجل وامرأتين يجوز النكاح عندنا خلافاً للشافعي (رح) ،
فلو رفع هذا للنكاح إلى القاضي الشافعي فقضى بصحته لا يصير مجماً عليه ، لأنه قضي
على خلاف رأيه ، فيكون الاختلاف في القضاء فيها فينفذ إجماعاً . وقال الحنازي قضاء
القاضي بالمختلف إنما يرفع الخلاف إذا لم يكن نفس القضاء مختلفاً ولا بد من قضاء آخر
لنفاذ هذا القضاء .

(فلا بد من الإمضاء) بقضاء آخر (حتى لو رفع تصرفه) أي تصرف السفية (بعد
الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر فقد

إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل التقض بعد ذلك، ثم عند أبي حنيفة
 «رح» إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله، حتى يبلغ خمساً
 وعشرين سنة، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه، فإذا بلغ
 خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد. وقالوا لا
 يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس رشده، ولا يجوز تصرفه فيه،
 لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة، وصار كالصبا. ولأبي حنيفة
 «رح» أن منع المال عنه بطريق التأديب

(إبطاله) أي إبطال القاضي الثاني. قيل روي نفذ بالتشديد معناه استمر على تنفيذ الثاني،
 لأنه حكم بنفاذه (لاتصال الامضاء به فلا يقبل التقض بعد ذلك) أي بعد الامضاء.

(ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد) أي حال كونه غير رشيد (لم يسلم إليه
 ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه) لأنه لا يحجر
 عليه عنده (فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد. وقالوا)
 أي أبو يوسف ومحمد «رح» (لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه
 فيه) أي في ماله، وأبدأ نصب على الظرف، والجمع بينه وبين حتى تسامح ظاهر (لأن
 علة المنع السفه، فيبقى ما بقي العلة) أي يبقى المنع ما دامت العلة باقية، لأن الله تعالى
 علق على دفع المال بإيتاس الرشد. ففوله ﴿فإن آنستم منهم رشدا﴾ ٦ النساء، فلا
 يجوز الدفع قبله إذ المعلق بالشرط معدوم قبله، والسفه صلة، فالعبارة لقيامها وزوالها
 لا للزمان، وبه قالت الثلاثة (وصار كالصبا) أي وصار حكم السفه كحكم الصبا، فالسفه
 ما دام موجوداً فحكمه موجود فحكمه حكم الصبي ولو صار شيخاً فانياً.

(ولأبي حنيفة أن منع المال عنه بطريق التأديب) يمكن أن يوجه هذا الكلام على
 وجهين، الأول أن يقول سلفنا أن علة المنع السفه، لكن المعلول هو المنع عنه بطريق
 التأديب، يعني من حيث التأديب، وهذا يقتضي أن يكون محلاً للتأديب وهو ما لم ينقطع

ولا يتأدب بعد هذا ظاهراً وغالباً ، ألا ترى أنه قد يصير
جداً في هذا السن فلا فائدة للمنع ، فلزم الدفع ، ولأن المنع
باعتبار أثر الصبا

رجاء التأديب (ولا يتأدب بعد هذا ظاهراً وغالباً) أى ولا يبقى التأديب بعد بلوغه
خمساً وعشرين سنة لانقطاع رجاء التأديب بعد هذه المرة ظاهراً في غالب الأحوال .

(ألا ترى أنه قد يصير جداً في هذا السن) هذا توضيح لعدم التأديب عند بلوغه
لهذا السن وهو خمسة وعشرون سنة ، لأنه يصير جداً عند ذلك باعتبار أصل مدة البلوغ
في الإنزال وهو اثني عشر سنة ، وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، وأقل الطبائع من بلغ
خمساً وعشرين سنة فقد بلغ رشده ، ألا ترى أنه يصير جداً صحيحاً في هذا السن ، لأن
أدنى ما يحتمل الإنسان في اثني عشر سنة ثم يولد له في ستة أشهر يبلغ ذلك في اثني عشر
سنة ثم يولد له ولد ابن في ستة أشهر فيصير جداً صحيحاً في خمس وعشرين سنة ، ومن
صار فرعه أصلاً فقد تناهى في الأصلية ، فاذا لم يؤنس رشده إلى هذه الغائنة فالظاهر
انقطاع رجاء تأديبه ، فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك ، وإلى هذا أشار محمد في الكتاب
فقال أرأيت انه لو بلغ مبلغاً صار ولده قاضياً وله نافلة أكان يحجر على أبيه ويمنع المال
منه ، هذا قبيح .

فإن قلت قد يصير الإنسان جداً في اثنين وعشرين سنة ، أي بلغ الصبي في اثني عشر
فتزوج بامرأة فولدت لسته أشهر بنتاً فبلغت البنت على تسع سنين فزوجها من رجل
وولدت لسته أشهر فصار جداً في اثنين وعشرين سنة ، فلم قدره بخمس وعشرين سنة . قلت
الجد المطلق وهو الجد الصحيح ، والفاسد لا اعتبار به .

الوجه الثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المدلول لكن
عندنا ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا الملك .

(فلا فائدة للمنع) أي لمنع المال عنه (فلزم الدفع) أي فاذا كان كذلك لزم دفع
المال إليه (ولأن المنع باعتبار أثر الصبا) هذا دليل آخر تقريره أن المنع بعد البلوغ إذا لم

وهو في أوائل البلوغ ، وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ، ولهذا قال أبو حنيفة « رح » لو بلغ رشيداً ثم صار سفياً لا يمنع المال عنه ، لأنه ليس بأثر الصبا ، ثم لا يتأتى التفريع على قوله ، وإنما التفريع على قول من يرى الحجر ، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائدة الحجر عليه وإن كان فيه مصلحة

يؤنس رشه باعتبار أثر الصبي (وهو) أثر الصبي ، أي وجدانه (في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان) وقدر ذلك بخمسة وعشرين سنة ، لأن مدة البلوغ من حيث السن ثمانية عشر سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ ، وقدر ذلك المبيع سنين واعتباراً بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار النبي ﷺ مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعة (فلا يبقى المنع) بعد ذلك (ولهذا) أي ولأجل أن المنع باعتبار أثر الصبا (قال أبو حنيفة « رح » لو بلغ رشيداً) أي لو بلغ الصبي حال كونه رشيداً (ثم صار سفياً لا يمنع المال عنه ، لأنه ليس بأثر الصبا) بل لحقه عثرته أما الفصب أو فوج^(١) . فان قلت الدفع معلق بانياً من الرشيد ، فيما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه إذ المعلق بالشرط لا يوجد ، قيل وجوده ما بقي مفسداً لماله لم يؤنس منه الرشد . قلت الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلناه لكنه سكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورته فرعاً أصلاً ، فكان متناهياً في الأصالة (ثم لا يتأتى التفريع على قوله) أي التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره يقول فإذا باع لا يتعدى معه ، لا يتأتى على قول أبي حنيفة (وإنما يتأتى للتفريع^(٢)) على قول من يرى الحجر عليه ، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائدة الحجر عليه (أي لأجل توفير فائدة الحجر ، أراد لظهار فائدة الحجر عليه ، فيكون موقوفاً .

(وإن كان فيه مصلحة) بأن كان مثل القيمة أو كان البيع راجحاً وكان الثمن باقياً

(١) هكذا الجملة في الأصل .

(٢) وإنما التفريع ، هامش .

أجازه الحاكم ، لان ركن التصرف قد وجد ، والتوقف للنظر له
وقد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي
يعقل البيع ويقصده .

يده (أجازه الحاكم) أى أجاز الحاكم ذلك البيع الموقوف ، وإن كان الثمن أقل من القيمة
أو كان البيع خاسراً أو لم يبق الثمن في يده لم يجز ، لأن فيه ضرر به لخروج المبيع عن
يده بدون أن يكون في يده شيء من البدل ، واستدل على الجواز بالتوقف بقوله (لأن
ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز . فان قيل إنها يوجب لجواز إذا وجد
ركن التصرف من أهله والسفيه ليس من أهله . أجيب بأنه أهل ، لأن الأهلية بالعقل
والسفيه لا ينفيه كما تقدم .

(والتوقف للنظر له) هذا جواب عما يقال فعلام التوقف ، فأجاب بقوله للنظر له
(وقد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى) أى يقصد باجتهاده (المصلحة فيه كما في الصبي
الذي يعقل البيع ويقصده) أى كما يتحرى الحاكم أو الولي في بيع الصبي وشرائه الذى
يعقل البيع بأن يعلم أنه سالب ، والشراء بأنه جالب كما مر ، وقد اشتغل محمد « رح »
في كتاب الحجر إلى آخر الكتاب بالتفريع على مذهبه وقال هو بمنزلة الصبي الذى لم
يبلغ إذا باع أو اشترى ، فإن أجازه الحاكم يجوز وما لا فلا ، لان تصرفاته ليست
بباطلة بل هي موقوفة لاحتمال وقوعها مصلحة ، فاذا رأى القاضي وقوعه مصلحة يخيره
ولا يرده ، بمنزلة الصبي الذى يعقل ، إلا انه يفارقه في خصال أربعة :

الاولى : لا يجوز لو صبه ولا لايه ان يبيع عليه ماله ولا يشترى له إلا بأمر الحاكم ،
وفي الذى لم يبلغ ملك ذلك وصيه أو أبوه .

والثانية : أنه إذا أعتق عبداً جاز عتقه ويسمى في قيمته ، وكذا لو دبر يصح تدبيره ،
ولو مات عنه يسمى في قيمته مدبراً ، واعتاق الذى لم يبلغ لا يصح أصلاً .

والثالثة : أن وصايا الغلام الذى قد بلغ مفسداً من التدبير وغيره باطل قياساً ، ولكننا
نستحسن أن ما وافق الحق وما تقرب به إلى الله تعالى وما يكون في غير وجه الفسق

ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف «رح» ، لأنه لا بد من حجر القاضي عنده ، لأن الحجر دائري بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي ، وعند محمد «رح» لا يجوز لأنه يبلغ محجوراً عنده إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا ، وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً . وإن أعتق عبداً نفذ عتقه عندهما ،

جائز كما يجوز وصيه غيره وما يكون سفيهاً لا يجوز . وأما وصايا الغلام الذي لم يبلغ لا تجوز أصلاً .

والرابعة : إذا جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه وكانت الجارية أم ولد له ، فإن ماتت كانت حرة ، بخلاف الغلام الذي لم يبلغ ، كذا ذكر في شرح الكافي .

وذكر خواهر زاده في مبسوطه من جملة الخصال الأربعة النكاح والطلاق ، فقال لا يجوز طلاق الصبي العاقل ، ويجوز طلاق السفيه ، وكذا يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل ، ولم يذكر الوصايا وادعاء الولد فعلى هذا تكون الخصال التي يفتقر فيها السفيه والصبي ستة .

(ولو باع) أي السفيه (قبل (١) الحجر) أي قبل حجر القاضي ، وفي بعض النسخ كذلك (جاز عند أبي يوسف «رح») وبه قال الشافعي وأحمد (لأنه لا بد من حجر القاضي عنده ، لأن الحجر دائري بين الضرر) وهو إهدار آدمته (والنظر) أي في إيقاع البيع على ملكه كما كان (والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي) ليرجع أحد الجانبين على الآخر .

(وعند محمد لا يجوز) وبه قال مالك (لأنه يبلغ محجوراً عنده ، إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً) وعند أبي يوسف لا يصير محجوراً حتى يقضي القاضي ، وعند محمد يصير محجوراً بمجرد السفه (وإن أعتق عبداً) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما) أي

(١) قبل حجر القاضي - هامش .

وعند الشافعي « رح » لا ينفذ . والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا ، لأن السفيه في معنى الهازل من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لأتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله ، فكذلك السفيه والعق وعتق مبالا يؤثر فيه الهزل فيصح منه .

عند أبي يوسف ومحمد « رح » وهو قول أبي حنيفة « رح » أيضاً ولم يحضر قولهما بالذكر احترازاً عن قوله لأن عند أبي حنيفة « رح » الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لأنه تأثير للحجر عنده ، بل احترازاً عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيه الحجر كالبيع والشراء والإقرار بالمال .

وعن قول الشافعي حيث قال (وعند الشافعي لا ينفذ) وبه قال أحمد رحمه الله ، وهو قياس قول مالك ، لأن تصرفات المحجور عليه غير نافذة (والأصل عندهما) أي الأصل في هذا الباب عند أبي يوسف ومحمد « رح » (أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ، وما لا فلا) أي وما لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه الحجر (لأن السفيه في معنى الهازل) لا من كل وجه (من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء) أي لا على الطريق الواضح وهو بفتح النون وسكون الهاء ، وأما النهج بتحرريك الهاء فهو البحر ، وهو تتابع النفس ، وهو من باب علم يعلم (لأتباع الهوى ومكابرة العقل) أي لأجل تتابعه هوى النفس وتعالية العقل ، لأنه يقصد اللعب دون ما وضع له الكلام (لا لنقصان في عقله ، فكذلك السفيه) يعني لا يخرج الهازل كلامه على نهج كلام العقلاء لأتباع الهوى ومكابرة العقل .

(والعقق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) أي من السفيه ، وفيه بحث من أوجه ، الاول : أن السفيه لو حنت في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي ، وكذا لو نذر يهدي أو غيره لم ينفذ ، فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل ، لقوله عنه ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه .

والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق
حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق
والإعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفه. وإذا صح
عندهما أن على العبد أن يسعى في قيمته ، لأن الحجر لمعنى
النظر ، وذلك في رد

والثاني : أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية ، والمحجور بالسفه
إذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه .
والثالث : أن التعليل المذكور إنما يضح في حق السفه لا في حق الهازل ، والصحيح
فيه أن يقال ولقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا النقصان في العقل .
والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإلتلاف
يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور ، لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود عن الحجر لإمكان
أن يتصرف في جميع ماله با ليمين والحنت والنذر . وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب .
وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع
الهوى فلا فرق بينهما .

(والاصل عنده) أي عند الشافعي (أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب
الرق) في انه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلاً للإلزام العقوبة باللسان باكتساب
سببها ، كما أن الرق كذلك (حتى لا ينفذ بعده) أي بعد الحجر (شيء من تصرفاته
إلا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق ، فكذلك من السفه) قلنا ليس السفه
كالرق ، لأن حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه ، حتى أن يصرف فيما لا
حق للغير فيه نافذ كالإقرار بالحدود والقصاص ، وهذا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه
تصرفه ، فيكون نافذاً .

(وإذا صح) أي عتق السفه (عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (كان
على العبد أن يسعى في قيمته ، لأن الحجر لمعنى النظر ، وذلك) أي النظر (في رد

العتق إلا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ،
وعن محمد «رح» أنه لا يجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقاً
لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتق . ولو
دبر عبده جاز لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته ، إلا أنه
لا يجب السعاية ما دام المولى حياً ، لأنه باق على ملكه .

(العتق) أي إبطاله (إلا أنه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة) أي رد
العتق برد العبد قيمته إليه بالاستسعاء (كما في الحجر على المريض) يعني لو أعتق عبداً
في مرضه تجب السعاية في كل قيمته للفرماء أو ثلثي قيمته للورثة ، إذا لم يكن عليه دين
ولا مال له سواء لتعذر رد العتق ، فكان رده بوجوب السعاية لحق آخر ما أدى الورثة .
(وعن محمد «رح» أنه لا يجب السعاية) أي أن الشأن لا يجب السعاية على العبد
جعل في المبسوط هذه الرواية عنه آخر قول أبي يوسف ، وأما قوله الأول كقول محمد في
وجوب السعاية (لأنه لو وجبت) أي لأن السعاية وتذكير الضمير باعتبار السعي (إنما
تجب حقاً لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتق) كما في اعتاق
أحد الشريكين فإنه يسعى للساكت . ولو ظاهر عن امرأته وصام أجزاءه لأنه بمنزلة
الغائب عن ماله . ولو أعتق عبداً عن ظهاره سعى الغلام في جميع قيمته ثم لا يجزئه عن
ظهاره ، لأنه يكون اعتاقاً بعض ، فإن صام أحد الشهرين ثم صار مصلحاً لم يجزه إلا
العتق بمنزلة معسر السير ، كذا في شرح الكافي .

(ولو دبر) أي السفه (عبده جاز ، لأنه يوجب حق العتق) أي لأن التدبير دل
عليه قوله دبر (فيعتبر بحقيقته) أي بحقيقة العتق ، لأنه لما ملكه إنشاء حقيقة العتق ،
فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى (إلا أنه لا يجب السعاية ما دام المولى حياً لأنه باق على
ملكه) فلا يمكن إيجاب السعاية ، لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً ، ألا ترى أنه لو
دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب المال ، بخلاف ما لو كاتبه أو أعتقه على
مال حيث يصح ، لأنه لم يبق على ملكه حقيقة أو يداً ، أشار إليه في المبسوط .

وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً لأنه عتق بموته وهو مدبر ، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير . ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه ، وكان الولد حراً والجارية أم ولد له لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله ، فألحق بالمصلح في حقه وإن لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها . وإن مات

(وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً ، لأنه عتق بموته وهو مدبر ، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير) أي كما إذا أعتقه في حياته بعد أن دبره تحت السعاية ، فكذا هنا . ألا ترى أن مصلحاً لو دبر عبد في صحته ثم مات وعليه دين مستغرق تجب السعاية عليه في قيمته مدبراً لغرمائه ، فكذا هنا ، قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قنأ ، لأن العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة قنأ فوجب السعاية قنأ ، كما لو أعتقه . أوجب بأن الأصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله إلا أنه جعلها هنا سبباً قبله ضرورة ، فلا تظهر مبينة في إيجاب السعاية عليه قنأ ، وإنما يظهر في حق المنع وتعلق العتق بموته ، لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها . قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته ، لأن التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك . وأوجب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير ، ألا ترى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير .

(ولو جاءت جاريته) أي جارية الذي بلغ غير رشيد (بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولد له لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله) لأن لإبقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان ببقاء الولد بعد موته (فألحق بالمصلح في حقه) أي في حق الاستيلاد نظراً له ، ولا يعلم فيه خلافاً للثلاثة .

(وإن لم يكن معها) أي مع الجارية (ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها) لأن دعوته كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها (وإن مات) أي

سعت في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس لها شهادة
الولد بخلاف الفصل الأول ، لأن الولد شاهد لها ، ونظيره المريض
إذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل . قال وإن تزوج
امرأة جاز نكاحها لأنه لا يؤثر فيه الهزل ، ولأنه من حوائجه
الأصلية وإن سمى لها مهرأ جاز منه مقدار مهر مثلها ، لأنه
من ضرورات النكاح وبطل الفضل ، لأنه لا ضرورة فيه وهو
التزام بالتسمية

السفيه بعد هذه الدعوة (سعت) أي الجارية (في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية)
أي لأن إقراره بأمومية الولد بدون الولد كالإقرار بالحرية (إذ ليس لها شهادة الولد)
فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته .

(بخلاف الفصل الأول) وهو ما إذا كان معها ولد (لأن الولد شاهد لها) في إبطال
حق الغير ، فكذا في حكم دفع الحجر عن تصرفه (ونظيره المريض) أي نظير حكم هذه
المسألة بالوجهين نظير ما (إذا ادعى المريض ولد جاريته فهو على هذا التفصيل) وهو
الفرق بالذي ذكره بين الدعوة بالولد والدعوة بدون الولد ، فان كان معها ولد لا تسعى
بعد موته ، وإن لم يكن تسعى لحاجته إلى بقاء نسله فيكون مقدماً على حق الغرماء .

(قال) أي القدوري (وإذا تزوج امرأة جاز نكاحها) ولفظ المبسوطين جاز
نكاحه ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي ومالك وأبو الخطاب الحنبلي لا يجوز بغير إذن
الولي ، لأنه عقد معاوضة كالشراء ، فلا يجوز بدون وليه (لأنه لا يؤثر فيه الهزل) لأن
النكاح لا يؤثر فيه الهزل ، لأن الهزل فيه جد (ولأنه من حوائجه الأصلية ، وإن سمى لها
مهرأ جاز منه) أي من المهر (مقدار مهر مثلها لأنه) أي لأن مقدار مهر المثل (من ضرورات
النكاح وبطل الفضل لأنه لا ضرورة فيه) أي في الفضل على مقدار مهر المثل (وهو
التزام بالتسمية في العقد) أي ما فضل وزاد على مقدار مهر المثل التزام بالتسمية في العقد

ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة فصار كالمرضى مرض الموت. ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله ، لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل ، وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة لما بينا . قال ويخرج الزكاة من مال السفية لأنها واجبة عليه وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي أرحامه ، لأن إحياء ولده وزوجته

(ولا نظر له فيه) أي ولا نظر للسفية فيما فصل عليه (فلم تصح الزيادة) أي إذا لم يكن فيه نظر فلم تصح تلك الزيادة على مقدار مهر المثل (فصار) أي حكم هذا (كالمرضى مرض الموت) يعني من لزوم كل واحد منها مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة فيما إذا تزوج المريض بأكثر من مهر مثلها ، إلا أن الزيادة في المريض يعتبر من الثلث ، وهذا غير معتبر أصلاً .

(ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله) أي نصف مقدار مهر المثل (لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل) وإنما الباطل تسمية ما زاد على مقدار مهر المثل (وكذا إذا تزوج بأربع نسوة) هذا عطف على قوله وإذا تزوج امرأة جازنكاحها ، أي إذا تزوج بأربع نسوة في عقد واحد ، كذلك يعتبر مهر المثل وتبطل الزيادة (أو كل يوم واحدة) أي أو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مراراً فإنه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة بهذا محتج أبو حنيفة على أن لا فائدة في الحجر عليه ، لأنه لا يفسد عليه باب إتلاف المال عليه ، فان يتلف ماله بهذا الطريق إذا عجز عن إتلافه بطريق البيع والهبة (لما بينا) أشار به إلى قوله لأن من ضرورات النكاح ... إلى آخره .

(قال) أي القدوري (ويخرج الزكاة من مال السفية لأنها) أي لأن إخراج الزكاة (واجبة عليه) لأنه كامل العقل مخاطب بحقوق الله تعالى ، فلا تبطل السفه (وينفق على أولاده وزوجته ، وعلى من تجب نفقته عليه من ذوي أرحامه ، لأن إحياء ولده وزوجته

من حوائجه والاتفاق على ذي الرحم واجب عليه حقاً لقربته
والسفه لا يبطل حقوق الناس ، إلا أن القاضي يدفع
قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها ، لأنه لا بد من نيته
لكونها عبادة ، ولكن يبعث أميناً معه كيلا يصرفه في غير وجهه ،
وفي النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفها لأنها ليست بعبادة فلا
يحتاج إلى نيته ،

من حوائجه والاتفاق على ذي الرحم واجب عليه حقاً لقربته ، والسفه لا يبطل حقوق
الناس (الأصل فيه أن كل ما وجب عليه بإيجاب الله كالزكاة وحجّة الإسلام أو كان حقاً
للناس فهو والمصلح فيه سواء ، لأنه مخاطب إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة وحجّة
الإسلام ، أو كان حقاً للناس فهو والمصلح فيه سواء ، لأنه مخاطب) إلا أن القاضي يدفع
قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها ، لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة) والعبادة لا تتأدى
إلا بالنية (لكن يبعث أميناً معه كيلا يصرفه في غير وجهه) لأنه لا يهتدي الى طرق
الرشاد لسفه (وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفها) وفي بعض النسخ يدفعها الى أمينها ،
أي أمين المرأة وعلى الأول الى أمين القاضي ليصرفه ، أي ليصرف المال المخرج للنفقة الى
مستحقه (لأنه) أي لأن صرف النفقة (ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته) .

وفي المبسوط فرق بين نفقة الوالدين من نفقة غيرهما فقال ينبغي للقاضي أن لا يأخذ
بقول السفه في دفع المال الى ذوي الأرحام النفقة حتى يقيم القريب بينة على القرابة
والعسرة ، لان إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالذي على نفسه فلا يلزم شيئاً إلا في الولد ،
فان الزوجين اذا تصادقا على النصب قبل قولها ، لان كل واحد منها في تصديق الآخر يقر
على نفسه بالنسب ، والسفه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه ، لكن لا
بد من اثبات عسرة المقولة ، وكذا يصح اقراره بالزوجية ويحب مهر مثلها والنفقة .

(وهذا) أي ما ذكرنا مما أوجبه الله وما كان من حقوق الناس قيل ان هذا الذي
ذكره القدوري من اخرج الزكاة من مال السفه والاتفاق منه على أولاده وزوجته

وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بيمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله ، فلو فتحنا هذا الباب بيذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله . قال فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة إليه ، ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه .

(بخلاف ما إذا حلف) بالله (أو نذر) نذراً من هدي أو صدقة (أو ظاهر) من امرأته (حيث لا يلزمه المال) فلا ينفذ للقاضي شيئاً من ذلك ولم يدعه يكفر أيمانه بالمال (بل يكفر بيمينه وظهاره بالصوم) بصوم لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات ، وعلى كل ظهار شهرين متتابعين وإن كان مالكا للمال حال التكفير (لأنه مما يجب بفعله) أى لأن كل واحد منها يجب بفعله إذ السبب الترامه (فلو فتحنا هذا الباب) أى لزوم المال في هذه الاشياء (بيذر أمواله بهذا الطريق) حيث يحلف كل يوم مراراً ويحنث ، أو ينذر نذوراً أو يظاهر مراراً ، وفيه قضيع فائدة الحجر .

فإن قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فإنه يصح مع القدرة عليها . أجيب بأن الاستطاعة منتفية لأن دلائل الحجر لا توجب السعاية على من يعتقه السفية كما تقدم مع السعاية لا يقع العتق من الظهار .

(ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله) كالزكاة وحجة الإسلام ونحوهما ، لأنه مخاطب ، وبسبب الفساد لا يستحق النظر في إسقاط شيء من حقوق الشرع عنه .

(قال) أى القدوري (فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها) أى من الحجة وليس فيه خلاف (لأنه) وفي بعض النسخ لأنها ، أى لأن حجة الاسلام ، وعلى الاول ، أى لأن الحج (واجب عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة إليه ويسلمها إلى الثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه .

ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً لاختلاف العلماء في وجوبها ، بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران ، لأنه لا يمنع من أفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ، ولا يمنع أن يسوق بدنة تحرزاً عن موضع الخلاف إذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئه غيرها

ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً (وفي القياس يمنع ، لان التمر^(١) عندنا تطوع فصار كما لو أراد الخروج للحج تطوعاً بعد حجة الاسلام ، وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله (لاختلاف العلماء في وجوبها) فانها عند الشافعي فرض ، والأخبار متعارضة فيها ، والظاهر قوله تعالى ﴿ وَأَتُوا الْحِجَّ وَالْعَمْرَةَ ﴾ ١٩٦ البقرة ، فلماذا أخذ بالاحتياط في أمر الدين وهو من جملة النظر ، فان جنى جنابة فان كانت مما يحزى فيه الصوم فعليه الصوم ليس إلا ، وان لم يكن ولزمه الدم يؤدي إذا أصلح .

(بخلاف ما زاد على مره واحدة من الحج) يعني يمنع من ذلك (ولا يمنع من القران ، لأنه يمنع من أفراد السفر لكل واحد منهما) أي من الحج والعمرة (فلا يمنع من الجمع بينهما ، ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزاً عن موضع الخلاف) فالخلاف في غير البدنة ، لا في السوق (إذ عند عبد الله بن عمر لا يجزئه غيرها) أي غير البدنة ، وعندنا يلزم القارن هدي وتجزئه الشاة ، ولكن البدنة أفضل أخذاً بالاحتياط في أمر الدين ، ويكون فعله أقرب الى فعل النبي ﷺ فلا يمنع عن سوق البدنة .

قوله اذ عند ابن عمر لا يجزئه غيرها لم يثبت بهذا النص ، وإنما الذي روى عنه أنه لا يرى البدنة الا من الإبل والبقر على ما روى الطبراني في مسند الشاميين ثنا أبو زرعة ثنا أبو اليان الحكم بن نافع أخبرني شعيب عن الزهري أخبرني ما لم عبد الله أن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما كان يقول لا أعلم الهدي الا من الإبل والبقر ، وكان عبد الله بن عمر

(١) هكذا في الاصل - التمر - وربما أراد بها العمرة كما هو معروف من مذهب

الأحناف ، اهـ مصححه .

وهي جزور أو بقرة، فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير
جاز ذلك في ثلثه^(١)، لأن نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن
أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثواباً ،

لا ينحر في الحج إلا الإبل والبقر ، فان لم يجد لم يذبح لذلك شيئاً . وروى مالك في
الموطأ في الحج أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر كان يقول ما استيسر من الهدي
بدنة أو بقرة .

(وهي) أي البدنة (جزور) بفتح الجيم وهي من الإبل يقمع على الذكر والأنثى
والجمع جزور ، وقيل الجزور الناقة التي تنحر والجمع جزائر ، ولا يقال للجمل جزور إذا
أفرد ، والجزور اثنو لا غير ، لأنه أكثر ما ينحرون النوق (أو بقرة) وهي تقمع على
الذكر والأنثى ، وإنما دخلته إليها على أنه واحد من الجنس والجمع بقرات ، والباقر والبقر
والبقور ، وأما البقر فهو اسم جنس .

(فان مرض وأوصى بوصايا في القرب) بضم القاف وفتح الراء جمع قربة ، وهي ما
يتقرب به إلى الله بواسطة كبناء المساجد والسقاية والرباط ونحو ذلك ، وقيد بالمرض باعتبار
أن الوصية غالباً ما تكون في المرض ، فان السفيه الصحيح اذا وصى توصية فحكمها
كحكم المريض (وأبواب الخير) عطف على القرب من قبيل عطف العام على الخاص ، لأن
أبواب الخير أعم من القرب لان القرية تكون بواسطة كما ذكرنا ، وأبواب الخير أعم
منها ، وهذا كالكفالة مع الضمان ، فان الكفالة خاص والضمان عام ، فافهم (جاز
ذلك في ثلثه) استحساناً ، والقياس بينهما كما لو تبرع في خيانة ولكن استحسنوا فيما
اذا وفق الحق ما يتقرب به الى الله أن يكون من الثلث (لان نظره فيه إذ هي حالة
انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء) حسناً بعد موته اذا كان للغني (أو ثواباً) أي
أو تخلف ثواباً اذا كان للفقير .

فان قلت في الغني أيضاً ثواب ، لانه ابصال خير وإحسان الى أخيه المؤمن ولا سيما

(١) ثلث ماله - هامش .

وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى . قال ولا
يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا، والفسق الأصلي والطارىء
سواء . وقال الشافعي « رح » يحجر عليه زجراً وله عقوبة عليه كما في
السفيه ، ولهذا لم يجعل أهلاً للولاية والشهادة عنده . ولنا قوله تعالى
﴿ فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ ... الآية ٦ النساء ،

إذا قصد به أن يتوسع في النفقة على عياله ، وفي الفقير أيضاً ثناء حسن فكان ينبغي أن
يقول ثناء وثواباً بدون أو . قلت هذا باعتبار الغالب بحسب الظاهر حيث يكون الثناء
غالباً من الغني وحصول الثوب فيه ضمنى كحصول الثناء في الفقير .

(وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) منها ما ذكره عنه
أن الذي بلغ سفيهاً والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الأ في أربعة
مواضع ، أحدها أنه يجوز للأب ولوصي الأب أن يتصرف على الصغير ليشتري له مالا
ويبيع ، ولا يجوز تصرف الأب ولا وصي الأب على البالغ السفيه إلا بأمر الحاكم . والثاني
أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل . والثالث : أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا
يجوز طلاق الصبي العاقل ولا اعتاقه . والرابع : أن الذي لم يبلغ إذا دبر عبداً لا يصح
تدبيره ، وهذا السفيه إذا دبر عبده صح تدبيره ، انتهى . وهكذا ذكره في
المبسوط والمغني .

(قال) أي قال القدوري (ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا والفسق
الأصلي والطارىء سواء) يقال طرأ علينا فلان من بعيد فجاءه ، والطارىء خلاف الأصلي ،
والصواب طارء بالهمزة (وقال الشافعي « رح » يحجر عليه زجراً له وعقوبة عليه كما في
السفيه ، ولهذا) أي ولوجوب الحجر عليه زجراً وعقوبة (لم يجعل أهلاً للولاية والشهادة
عنده) أي عند الشافعي .

(ولنا قوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾) أي تهدياً إلى
الطريق المستقيم (.. الآية ٦ النساء) بالنصب ، أي اقرأ الآية . ويجوز الرفع ، أي

وقد آنسوا نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ، ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه ، فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ، ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي « رح » بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصير عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

الآية بتمامها فيكون مرفوعاً بالابتداء والخبر محذوف ، ثم أشار إلى وجه الاستدلال بالآية بقوله (وقد آنس نوع رشد) لأنه مصلح في ماله وإن لم يكن مصلحاً في دينه (فيتناوله النكرة المطلقة) أي يتناول نوع الرشد النكرة المطلقة ، وهو قوله تعالى ﴿ فإن آنستم منهم رشداً ﴾ فإنه ذكر الرشد نكرة والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تعم ، فيراد به رشد أحد أو هو الصلاح في المال ، وهو المراد فلا يكون الرشد في الدين مراداً لأنه حينئذ يكون معلقاً برشدين فلا يجوز ذلك لعدم الدليل على العموم . عن ابن عباس المراد بالرشد الصلاح في المال . وعن مجاهد في الفعل . وفي شرح الطحاوي المراد بالرشد الصلاح في المال ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم . (ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقدم) أي في أول كتاب النكاح .

(ويحجر القاضي عندهما أيضاً) هذه المسألة مبتدأة ، أي يحجر القاضي أيضاً عند أبي يوسف ومحمد (وهو قول الشافعي بسبب الغفلة) وعند مالك وأحمد لا يحجر بسبب الغفلة لبلوغه وعقله ورشده (وهو) أي سبب الغفلة (أن يغبن في التجارات ولا يصير عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ ، فإنه ما حجر على حبان بن منقذ ، وكان يغبن في التجارات ، بل قال له قال لاخلائه ولي الخيار ثلاثة أيام . وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ ٥٢ النساء ، لما أنه يتلف الأموال كالفقيه ، فلا يمارضه خبر الواحد ، كذا ذكره تاج الشريعة .

قبل هذا مردود ، لأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه . قلت فيه نظر ، لأن ابن

فصل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والإنزال إذا وطئ

اسحاق قال فحدث بهذا الحديث محمد بن يحيى بن حبان ، قال كان جدي حبان بن سعد بن عمرو وكان قد أصيب في رأسه امه فكسرت أسنانه ونقص عقله ، وكان يغبن في البيع... الحديث ، فهذا يدل على انه كان فيه تعقل ، لأنه لا يكون من نقصان العقل ففيه نوع حجب ، لأنه أطلق له البيوع كلها بالخيار ، فصار كالحجور في البيوع المطلقة فافهم .

(فصل في حد البلوغ)

أي هذا فصل في بيان معرفة حد البلوغ . وإنما ذكر أن الصغر من أسباب الحجب لا بد من بيان انتهائه ، وهذا الفصل لبيان ذلك ، وحد البلوغ صيرورة الإنسان بحال لو جامع ينزل ، وذلك مما يعرف في الرجل والمرأة بقولهما نحو أن يقول انزلت أو احتلمت أو حبلت وما يجري مجراه ، لأنه أمر يوقف عليه من جهتهما ، فيقبل فيه قولهما كقول المرأة في الحيض .

(قال) أي القدوري (بلوغ الغلام بالاحتلام) البلوغ في اللغة الوصول ، وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر والاحتلام من الحلم بالضم وهو ما يراه النائم ثم يقال حلم واحتلم قبلوغ الغلام يكون بالاحتلام (والاحبال والإنزال إذا وطئ) والأصل هو الإنزال ، قال الله تعالى ﴿ وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم ﴾ ٥٩ النور ، وهذا بالاجماع بلا خلاف ، وكذلك بلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل بالاجماع ، وأما الانبات فهو نبت الشعر حول الذكر أو فرج المرأة بحيث يستحق أخذه بموسى ، علامة البلوغ عند أحمد العانة ولا اعتبار له في قولنا ، وأما الزغب الضعيف فلا اعتبار له بالاتفاق إلا في قول من الشافعي .

وفي الغاية وقال أصحابنا أن انبات العانة لا يدل على البلوغ خلافاً للشافعي . وقال في شرح الطحاوي وروى عن أبي يوسف في غير رواية الأصول انه اعتبر نبات العانة ، وأما نهود الثدي فلا يحكم بالبلوغ فيه في ظاهر الرواية . وقال بعضهم يحكم به . وفي

فإن لم يوجد ذلك فتمت ثمانى عشرة سنة عند أبي حنيفة «رح» ،
 وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل ، فإن لم يوجد ذلك فحتى
 يتم لها سبع عشرة سنة ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» ، وقال إذا تم
 للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي
 حنيفة ، وهو قول الشافعي . وعنه في الغلام تسع عشرة سنة .
 وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة

الكشاف في تفسير سورة النور وعن علي أنه كان يعتبر القامة ويقدر بخمسة أشبار ، وبه
 أخذ الفرزدق في قوله :

ما زال مذ عقدت يداه إزاره وسمى فادرك خمسة الأشبار
 (فإن لم يوجد ذلك) أي واحد من الأشياء المذكورة (فحق يتم له ثمانى عشرة سنة
 عند أبي حنيفة) . بفتح المدين للتركيب وحذف التاء من ثمانية وإثباتها في عشرة وتكسر
 الشين في عشرة وقد تسكن ، وكذلك الغلام في سبع عشرة .
 (وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل وإن لم يوجد ذلك فعلى يتم لها سبع عشرة سنة ،
 وهذا عند أبي حنيفة . وقال إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا ، وهو
 رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي) وأحمد أيضاً وعليه الفتوى . وقال داود لا حد
 للبلوغ من السن لقوله ~~عنه~~ رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وإثبات البلوغ بغيره
 يخالف الخبر ، وهذا قول مالك . وقال أصحاب مالك سبع عشرة أو ثمانى عشرة كقول
 أبي حنيفة «رح» .

(وعنه) أي عن أبي حنيفة (في الغلام تسع عشرة ، وقيل المراد أن يطعن في
 التاسع عشرة ويتم له ثمانى عشرة سنة) أي أن يدخل ، يقال طعن في السن يطعن بالضم
 طعناً من باب نصر ينصر ، وكذا طعنه بالرمح من هذا الباب ، وكذا طعن فيه بالقول .
 وأما طعن في المغازاة إذا ذهب ، فمستقبله يطعن بالضم ويطعن بالفتح أيضاً قوله في التاسع
 عشرة ، وكان القياس يقتضي أن يقال في التاسعة عشرة لأن المعنى في السنة التاسعة عشر

فلا اختلاف . وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ
حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلأن البلوغ بالإتزال
حقيقة والحبل والاحبال لا يكون

إلا إذا أريد بها العدد من السنين ، فحينئذ يحوز أن يقال في التاسع عشرة (فلا اختلاف)
أي إذا كان هذا رواية عن أبي حنيفة فلا اختلاف بين الروائتين .

(وقيل فيه اختلاف الرواية ، لأنه ذكر في بعض النسخ) أي في بعض نسخ المبسوط
(حتى يستكمل تسع عشرة سنة) قلت له أن يستكمل ، وهذا يدل على اختلاف الرواية . وقال
الحاكم في الكافي لا يحوز طلاق الصبي حتى يحتمل أو يبلغ ، أو في ما يكون من وقت
الاحتلام وذلك عند تسع عشرة سنة ، فإذا بلغ ذلك الوقت ولم يحتمل فهو بمنزلة الرجل
وقال أبو الفضل ذكر هذه المسألة في كتاب الوكالة من رواية أبي سليمان في موضعين فقال
في أحدهما بلوغ الغلام أن يكمل له تسع عشرة سنة وبلوغ الجارية أن يكمل لها سبع
عشرة سنة . وقال في موضع آخر أن يطمن في التاسع عشرة وقطعت الجارية في السابع
عشرة ، وهذا هو المشهور في قوله . ووجدت القول على هذا متفقاً في كتاب الوكالة في
رواية أبي حفص . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » وفيه في الغلام والجارية خمس عشرة سنة
فإذا تمت جاز طلاقه وإن لم يحتمل ، انتهى لفظه .

وذكر الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار في كتاب السير وكان محمد بن الحسن يذهب
في الغلام إلى قول أبي يوسف رحمه الله وفي الجارية إلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه .
وقال القدوري رحمه الله في باب من أحق بالامانة في شرح مختصر الكرخي . وروي عن
محمد رحمه الله أنه قال في الرقة في الغلام خمس عشرة ، وفي الجارية سبع عشرة . وقال
شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وعلى قول أبي يوسف ومحمد والشافعي الجارية
والغلام يتقدر بخمس عشرة سنة .

(أما العلامة فلأن البلوغ بالإتزال حقيقة) لأنه هو الأصل كما ذكرنا (والحبل والاحبال لا يكون

إلا مع الإنزال ، وكذا الحيض في أوان الحبل ، فجعل كل ذلك علامة البلوغ . وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين ، وأما السن فلمهم العادة الفاشية في أن البلوغ لا يتأخر فيها عن هذه المدة ،

إلا مع الانزال ، وكذا الحيض في أوان الحيض ، فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك (أي للبلوغ) في حق الغلام اثني عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين) وهذا لا يعرف إلا سماعاً أو تتبعاً . وقال تاج الشريعة لما روي عن عائشة رضي الله عنها بلغت على رأس تسع سنين ، وروي أن النبي عليه السلام بنى بها حين صار لها تسع سنين ، ومعلوم أن البناء من رسول الله ﷺ لا يكون إلا للتوالد والتناسل ، ولا يتحققان إلا بعد البلوغ ، فلم بذلك بلوغها ، انتهى . قلت تزوج النبي عليه السلام عائشة رضي الله عنها وعمرها ست سنين ثابتاً في الصحاح وغيرها .

(وأما السن) عطف على قوله أما العلامة (فلمهم) أي فلا يبي يوسف ومحمد والشافعي « رح » (العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيها) أي العادة الظاهرة الغالبة أن البلوغ لا يتأخر في الغلام والجارية (عن هذه المدة) أي خمس عشرة سنة ، ولأنه روي أن ابن عمر رضي الله عنه قال عرضت على النبي عليه السلام يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يقبلني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه عليه السلام يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فقبلني ورآني أنني بلغت . وعن أنس رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه ، وأقيمت عليه الحدود .

قلت حديث ابن عمر رضي الله عنه في الصحاح ، ولكن لا يدل على مدعاهم ، لأن الاجازة للقتال حكمها منوط بإطاقته والقدرة عليه وإن إجازته عليه السلام في الخمس عشرة لأنه رآه مطيقاً للقتال ولم يكن مطيقاً له قبل ذلك لأنه الحكم على البلوغ وعدمه ، ويدل عليه ما روي عن سمرة بن جندب رضي الله عنه كان رسول الله ﷺ يعرض عليه غلمان الانصار فيبلعق من أدرك منهم ، فعرضت علي ما لحق فرآني غلاماً وردني فقلت

وله قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشده﴾ ١٥٢ الأنعام ، وأشد الصبي ثماني عشر سنة ، هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وتابعه القتيبي وهذا أقل ما قيل فيه

يا رسول الله ﷺ لقد ألحقته ورددتني ، ولو صارعته لصرعته ، قال فصارعته فصرعته فألحقني ، قال الحاكم صحيح الاسناد ، وفي الاستيعاب لابن عبد البر عن الواقدي أنه عليه السلام استصغر عمر بن أبي وقاص وأراد رده وبكى ثم أجازه بعد فقتل عمر وهو ابن ست عشرة سنة . ومعنى قوله ورآني أنني بلغت أى في القوة حد القتال . وأما حديث ابن أنس فلم يثبت فسقط الاحتجاج به .

(وله) أى لابي حنيفة (قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشده﴾ ٣٤ الاسراء) أى قوته ، وقيل هو جمع شدة كالنعم جمع نعمة ، وقيل لا واحد لها (وأشد الصبي ثماني عشر سنة ، هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه) هذا غريب ، والذي روي عن ابن عباس رضي الله عنه ﴿حتى إذا بلغ أشده﴾ نهاية قوة الشباب واستتبابه وهو ما بين ثمانية عشر سنة إلى أربعين . وروى الطبراني فى معجمه الأوسط ثنا محمد بن بشر ثنا صفوان بن سعيد ابن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما فى قوله تعالى ﴿حتى إذا بلغ أشده﴾ ١٥ الأحقاف قال ثلاثة وثلاثون سنة ، وهو الذى رفع عليه عيسى بن مريم عليه السلام . وروى ابن مردويه فى تفسيره عن عبد الله عن عثمان بن خيثم عن مجاهد عن ابن عباس فى قوله ﴿حتى إذا بلغ أشده﴾ قال بضعاً وثلاثين سنة (وتابعه القتيبي) أى تابع ابن

[وجد هذا البياض فى نسخة المؤلف ^(١)]

(وهذا أقل ما قيل فيه) أى قول ابن عباس أقل ما قيل فى تفسير الاشد ، قال بعض السلف قال أقله اثنان وعشرون سنة ، وقيل ثماني عشر سنة ، وقيل عشرون ، وقيل ثلاث وثلاثون . وقيل أربعون ، وقيل أقصاء ثنتان وستون وثمانى عشر أقل ما قيل

(١) البياض سطرين فى النسخة التى بين أيدينا ، اه مصححه .

فبنى الحكم عليه للتيقن به ، غير أن الإناث نشوءهن وإدراكهن
أسرع فنقصنا في حقن سنة لاشتغالها على الفصول الأربعة التي يوافق
واحد منها المزاج لا محالة . قال وإذا راهق الغلام أو الجارية
الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه
أحكام البالغين ، لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهراً ، فإذا
أخبراه ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه

فيه (فبنى الحكم عليه للتيقن به) أي على الأقل للتيقن بالأقل (غير أن الإناث) كأنه
جواب عما يقال إذا كان المتيقن هو ثمانى عشرة سنة فلم نقصت سنة في الجارية فهلا كان
أمرها كأمر الغلام . فأجاب عنه أن الإناث (نشوءهن) أي انتشاؤهن وبلوغهن
(وإدراكهن أسرع) من إدراك الذكور (فنقصنا سنة في حقن لاشتغالها على الفصول
الأربعة) وهي الربيع والصيف والخريف والشتاء (التي يوافق واحد منها) أي من الفصول
الأربعة (المزاج) أي الطبيعة ، فيتقوى المزاج بذلك (لا محالة) أي لا حيلة ، ويجوز
أن يكون في الحولي وهو القوة والحركة ، وهي بفعله منها وأكثر ما يستعمل لا محالة
بمعنى الحقيقة واليقين ، أو بمعنى لا بد وزائدة وهو مبني على الفتح ، كذا في لارجل
ولا بد فافهم .

(قال) أي القدوري (وإذا راهق الغلام أو الجارية) يقال رهقه ، أي داني منه ،
وصي مرهق أي دان للحلم ، واستشكل أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك منه (الحلم) بضم
الحاء أي الاحتلام (وأشكل أمره في البلوغ ، فقال قد بلغت فالقول قوله) قيل إنما
يعتبر قوله بالبلوغ إذا بلغ اثني عشرة سنة أو أكثر ، ولا يقبل فيما دون ذلك ، لأن
الظاهر يكذبه . وفي فتاوى قاضي خان والفتاوى الظهيرية أدنى السن الذي يعتبر قوله
بالبلوغ اثني عشرة سنة ، وفي حق الجارية تسع سنين .

(وأحكامه أحكام البالغين لأنه) أي لأن البلوغ (معنى لا يعرف إلا من جهتهما
ظاهراً ، فإذا أخبراه ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه) أي في البلوغ ، قيد بقوله ولم

كما يقبل قول المرأة في الحيض

بكذبيها الظاهر إشارة إلى ما ذكرنا من أن الفلام إذا ادعى البلوغ وعمره أقل من اثني عشرة سنة لا يصدق، والجارية إذا ادعته وعمرها أقل من تسع سنين لا تصدق . وذكر في فتاوى قاضي خان صبي يبيع ويشترى فقال أنا بالغ ، ثم قال بعد ذلك لست ببالغ ، فإن كان سنه اثني عشرة سنة أو أكثر لا يعتبر جموده ، وإذا كان دون ذلك لا يصح إخباره بالبلوغ ، ويصح جموده ، وكذا ذكر في الفتاوى الظهيرية .

وفي الفتاوى الصغرى إذا أقر بالبلوغ وقاسم الوصي ان كان مراهماً صح الإقرار والقسم ولا يقبل قوله إنى لم أكن بالغاً ، وإن لم يكن مراهماً بل كان مثله لا يحتل عادة لا يصح الإقرار ولا القسم . وفي الواقعات صبي أقر أنه بالغ وقاسم الوصي ، فان كان مراهماً جازت قسمته ولم يقبل قوله إنه غير بالغ ، فإن لم يكن مراهماً ويعلم أن مثله لا يحتل لم تجز قسمته ولم يقبل قوله انه بالغ .

(كما يقبل قول المرأة في الحيض) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتها فالقول قولها إلا إذا كذبيها الظاهر .

* * *

باب الحجر بسبب الدين

قال أبو حنيفة « رح ، لا أحجر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص ،

(باب الحجر بسبب الدين)

أى هذا باب في بيان الحجر بسبب الدين . أخره عن حجر السفه لأن هذا الحجر موقوف على طلب الغرماء ، فيكون فيه وصف زائد على المشاركة في أصل الحجر ، فصار كالركب فأخر لذلك .

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا أحجر في الدين) هذا كلام مجمل وفصله بقوله (وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) إنها أسند الفعل إلى نفسه في الموضعين تنبيهاً على شدة تأكيدهم على منع الحجر لا يقال أن فيه تعظيماً للنفس ، لأن المعنى لو استفتيت أو رفع أمره إلى الحاكم لم أحجر عليه ، والكلام في موضعين ، أحدهما أن من ركه الديون وليس في ماله وفاء وخيف أن يلجأ ماله بطريق الاقرار ويبيع التحلية وطلب الغرماء من القاضي الحجر عليه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة . وقال لا يحجر عليه ، وبه قالت الثلاثة ، والآخرون لا يباع على المدين ماله في قوله خلافاً لهم العروض والعقار فيه سواء عند مبادلة أحد التقدين بالآخر فللقاضي أن يفعل ذلك عنده استحساناً لقضاء دينه (لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) وهو ضرر الدائن .

فإن قلت العبد مجبور لدفع ضرر خاص وهو ضرر المولى . قلت العبد إهدار أهليته وآدميته بالكفر .

فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر، ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص، ولكن يحبسهُ أبدأ حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه . وقالوا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء، لأن الحجر على السفينة إنما جوزناه نظراً له ،

(فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر) لأن بيع ماله غير مستحق لقضاء الدين لا مكان أدائه بوجه آخر فلا يكون للقاضي أن يباشر ذلك عليه عند امتناعه كما في الاجارة والتزويج إذ يمكنه قضاؤه بالاستقراض والاستيهاب (ولأنه تجارة لا عن تراض) أى ولأن بيعه ماله بغير رضاه تجارة من غير تراض (فيكون باطلاً بالنص) وهو قوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ ٢٩ النساء (ولكن يحبسهُ أبدأ) ولكن القاضي يحبس ماله أبدأ ، وفي بعض النسخ ولكن يحبسهُ وأبدأ نصب على الظرف (حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه) الذي تحقق بالامتناع من قضاء الدين منه والحبس بالدين مشروع بالاجماع .

فإن قلت روى الدارقطني من حديث ابن مالك عن أبيه أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ رضي الله عنه ماله في دين كان عليه . وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ شاباً سخيّاً وكان لا يمسك شيئاً ، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين ، فأتى غرماءه النبي ﷺ كلهم ، فلو ترك أحد لترك معاذ لأجل رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء . قلت هذا حكاية حال على أنه رسول الله ﷺ بنو الآن ما لم يكن وفاء لدينه فالتمس رسول الله ﷺ أن بينوا لي بيع ماله لبقية دينه بواسطة بموكب تصرف رسول الله ﷺ على أنا نقول انه مرسل وهو ليس بحجة عند الخصم .

(وقالوا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء ، لأن الحجر على السفينة إنما جوزناه نظراً له ،

وفي هذا الحجر نظر للفرماء ، لأنه عساه يلجىء ماله فيفوت حقهم .
ومعنى قولها منعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل ، أما البيع
بشمن المثل لا يبطل حق الفرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه . قال
وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص
عندهما ، لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله ،
فإذا امتنع تاب القاضي منابه كما في الجب والعنة .

وفي هذا الحجر نظر للفرماء ، لأنه عساه يلجىء ماله (أى لأن المفلس المديون عسى أن يبيع
ماله تلجئه من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده ، أو بقوله بماله . وقال تاج الشريعة أى
يقر لغير الفرماء حتى لا يصل إليهم وهو بتشديد الجيم من لجأ تلجئه ، وثلاثة لجامولجات
إليه لجاء بالتحريك وملجأ والموضع لجأ وملجأ أيضاً (فيفوت حقهم) أى حق الفرماء .
(ومعنى قولها) أى قول أبي يوسف ومحمد « رح » (منعه من البيع أن يكون
بأقل من ثمن المثل) أى أن يبيع بالعين يسيراً كان أو فاحشاً (أما البيع بشمن المثل لا
يبطل حق الفرماء ، والمنع لحقهم فلا يمنع منه) أى المنع إنما كان لحق الفرماء ، فإذا
كان بشمن المثل لا يمنع .

(قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما ،
لأن البيع مستحق عليه) أى يبيع المال لقضاء الدين المستحق عليه (لايفاء دينه ، حتى
يحبس لأجله) أى لأجل البيع ويحبس بالدفع ، لأن حتى ها هنا للغاية كقولهم مرض
فلان حتى لا يرجونه (فإذا امتنع) عن البيع (تاب القاضي منابه كما في الجب) بفتح
الجيم وتشديد الباء وهو القطع لغة ، والمراد ها هنا أن المرأة إذا وجدت زوجها مجبوراً
فانه يفرق بينهما ، فان امتنع عن ذلك تاب القاضي منابه (والعنة) بضم العين وتشديد
النون ، وهو اسم من عن الرجل عن المرأة إذا منع عنها بالسحر . والعين هو الذي لا
تقوم له آلة ، إما لعله أو لسحر وأراد أن المرأة إذا وجدت زوجها عنيئاً فلها الخيار بعد
الفصول الأربعة ، فان امتنع زوجها عن التفريق تاب القاضي منابه .

قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين
لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من
الطريق ، كيف وإن صح البيع كان الحبس إضراراً بها بتأخير
حق الدائن وتعذيب المدين ، فلا يكون مشروعاً . قال وإن
كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره ، هذا بالإجماع لأن
للدائن حق الأخذ من غير رضاه ، فللقاضي أن يعينه . وإن كان

(قلنا) هذا جواب عما قال أبو يوسف ومحمد ومن تبعهما (التلجئة موهومة) لأنه
احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ويرتكب البيع بلا تراض (والمستحق قضاء
الدين ، والبيع ليس بطريق متعين) لأنه يمكنه الاستيفاء بالاستقراض والاستيهاب
والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة (لذلك) أى لقضاء الدين .
(بخلاف الجب والعنة) فان التفريق هناك متعين ، لأنه لم يمكنه الامساك بالمعروف ،
يعني عليه التسريح بالاحسان ، فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك
بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق (والحبس لقضاء الدين) جواب عن قولها حتى
يحبس لأجله ، وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين (بما
يختاره من الطريق) الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله
بنفسه (كيف) أى كيف صح البيع (ولو صح البيع) من القاضي (كان الحبس إضراراً
بها) أى بالمدين والغريم (بتأخير حق الدائن) إلى زمان تحقق امتناع المدين عن
البيع (وتعذيب المدين) بالحبس (فلا يكون) الحبس (مشروعاً) لكن الحبس
مشروع بالإجماع ، فدل ذلك على أنه ليس للقاضي ولاية البيع ، وهذا لا ينقلب . أما
حبس المدين على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضي لا يشمل على الدائن لما خيره حقه ، لأن
للمدين ولاية البيع في كل لحظة ، بخلاف القاضي .

(قال فان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره ، وهذا بالإجماع ، لأن
للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه ، وإن كان دينه دراهم وله دنانير أو

دينه دراهم وله دنائير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » استحسان ، والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً . وجه الإستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة ، فبالنظر إلى الإتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف ، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين .

على ضد ذلك (بأن كان دينه دنائير وله دراهم) باعها القاضي في دينه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » استحسان (إنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان ذلك بالاجماع لأن الشبهة ترد على قوله ، لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض ، فكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضاً ، لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف (والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً) أى من غير قضاء ، بخلاف ما لو ظفر بمحبس حقه .

(وجه الاستحسان أنها) أى الدراهم والدنائير (متحدان في الثمنية والمالية) ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في حكم الزكاة (مختلفان في الصورة ، فبالنظر إلى الإتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف ، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين) تقريره أن بالنظر إلى أنهما متحدان في الثمنية يثبت ولاية التصرف للقاضي وللغريم ، وبالنظر إلى أنهما متحدان ومختلفان في الثمنية ومختلفان صورة لا يثبت لهما أصلاً ، فعملنا بالوجهين وقلنا بولاية التصرف للقاضي دون الغريم ، ولم نعكس ، لان ولاية القاضي أقوى من ولاية الغريم ، فلما لم يثبت للقاضي فأولى أن يثبت للغريم ، فيكون فيه إبطال حق الشبهين ، فلهذا امتنع العكس .

وتوضيحه أن من العلماء من يقول أن لصاحب الدين أن يأخذ أحد النقدين بالآخر من غير قضاء ولا رضا وهو ابن أبي ليلى والقاضي مجتهد ، فجعلنا له ولاية الاجتهاد وفي مبادلة أحد النقدين بالآخر لقضاء الدين منه ولا يوجد هذا المعنى في سائر الاموال ، وفيه

بمخلاف العروض ، لأن العرض يتعلق بصورها وأعيانها ، أما
النقود فوسائل فافتراقا وبيع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار
يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة
جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه

إضرار بالمديون من حيث إبطال حقه من غير ملكه ، وللناس في الاعيان أغراض وليس
للقاضي أن ينظر لغرمائه على وجه يلحق الضرر به فوق ما هو يستحق عليه ، وهذا
المعنى لا يوجد في النقود ، لان المقصود هناك المالية دون العين .

(بمخلاف العروض) هذه إشارة إلى بيان الفرق بين الدراهم والدنانير وبين العروض
حيث جاز بيع القاضي في الدين في الدراهم والدنانير ، ولم يجز في العروض فقال بمخلاف
العروض حيث لا يجوز بيعه فيها (لان العرض يتعلق بصورها وأعيانها ، أما النقود
فوسائل) إلى حصول المقصود ولا يتعلق العرض بصورها وأعيانها (فافتراقا) أى
الحكمان يعني حكم التقدين وحكم العروض (وبيع في الدين النقود) هذا تفريع على
قولهما ، يعني أن المديون لما جاز بيع ماله عندهما تباع أولاً النقود (ثم العروض ثم
العقار) وفي الذخيرة فعلى قولهما يبيع أو قاضى ماله ولكن يبدأ بدنانير إذا كان الدين
دراهم قال فضل الدين مع ذلك بيع العروض أولاً لا العقار ، لان العروض معدة للتلف
والتصرف والاسترباح عليه فلا يلحقه كثير ضرر في بيعه ، فان لم يف فحينئذ يبيع العقار
وأما دون ذلك فلا يبيعه لان العقار أعد للاقتناء فيلحقه ضرر كثير ، وهذا الذى ذكره
رواية عنهما . وفي رواية يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التلف من عروضه ثم يبيع
ما لا يخشى عليه التلف ثم يبيع العقار (يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء
الدين مع مراعاة جانب المديون) حاصله أن القاضي نصب ناظراً فينبغي أن ينظر
للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له (ويترك عليه دست من ثياب بدنه)
الدست بفتح الدال وسكون السين المهملة ، وأراد به البدلة من قماش نحو القميص
واللباس والعمامة .

وبياع الباقي، لأن به كفاية، وقيل دستان، لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملابس . قال فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون ، لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين ، فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم . بخلاف الإستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له .

وفي العباب الدست من الثياب ومن الورق ومن صدر البيت ومن اللعب معربات ليست من كلام العرب . وفي الذخيرة إذا كان للمدين ثياباً يلبسها ويمكنه أن يبتريء بعد من ذلك يبيع ثيابه ويشتري بثمنه ثوباً يلبسه ، وما فضل يقضى دينه لأن ذلك للتجميل وقضاء الدين غرض عليه ، وعلى هذا لو كان له مسكن وتمكنه أن يبتريء بما دون ذلك يبيع المسكن ويشتري بثمنه ما يبتريء وما فضل يقضى دينه ولا يباع داره التي أغنى له عن سكنها ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي ومالك تباع ويستأجر من ثمنه مسكناً له ويقضى بالفضل دينه . وفي الخلاصة والنية ما لا يحتاج إليه في الحال كاللبد في السيف والنطع في الشتاء لو كان له كانون من حديد يباع ويتخذ من الطين . وعن شريح أنه يباع عمامة المحبوس وعن أبي يوسف هكذا . وفي شرح الطحاوي ولو باع القاضي أو أمينه مال المدينون فالعهدة على المطلوب لا على القاضي وأمينه . وقال الشافعي وأحمد على المدينون . وقال مالك على الغرماء وإن كان الثمن جنس حقهم وإلا على المدينون .

(وبياع الباقي لأن به كفاية) يعولان بالدست من الثياب كفاية (وقيل دستان ، لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملابس) أي من لبس ثياب .

(قال) أي القدوري (فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون) أي قال القدوري في مختصره . وقال في شرح الأقطع وهذا على قولها (لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين ، فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم) أي فلا يتمكن المدينون من إبطال حق الأولين ، وهذا الظاهر (بخلاف الاستهلاك) أي بخلاف ما إذا استهلك المحبوس عليه قبل قضاء الدين مال إنسان حيث يكون المتلف عليه أسوة للغرماء بلا خلاف (لأنه مشاهد لا مرد له) أي لأن فعله أعني الاستهلاك مشاهد محسوس فلا يرد ،

ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأن حقهم لم يتعلق به .
لعدم وقت الحجر . قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته
وولده الصغار وذوي أرحامه من يجب نفقته عليه ، لأن حاجته الأصلية
مقدمة على حق الغرماء ، ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ،
ولهذا لو تزوج امرأة كانت في

لأن الحجر لا يصح في الفعل الحسي . وفي الذخيرة لو كان سبب الدين ثابتاً عند القاضي
بعله أو بالشهادة بأن شهدوا على استقراضه أو شرايه بمثل القيمة شارك الغرماء وعند
الشافعي لو أقر بدين لزمه قبل الحجر يصح ويلزمه في الأصح . وفي قول لا يلزمه وهو قول
مالك وأحمد وأبي يوسف ومحمد «رح» وتصرفات المحجور من بيع أو هبة أو عتق لا تصح
عند الشافعي في الأصح ، وبه قال مالك وأحمد في غير العتق ، وفي قول يصح ويكون
موقوفاً . فإن قضى دينه من غير نقض التصرف نفذ تصرفه ولا يفسخ منها الاضعف
فالاضعف يبدأ بالهبة ثم بالبيع ثم بالعتق . وعند أحمد وأبي يوسف «رح» يصح عتقه لأنه
صدر عن مالك رشيد ولا يقبل الفسخ . وقال أحمد في رواية لا يصح كالبيع والهبة وما
فعله قبل الحجر يصح بلا خلاف .

(ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه ، لأن حقهم لم يتعلق به) أي
بذلك المال ، وهكذا هو في بعض النسخ (لعدم وقت الحجر) أي لعدم ذلك المال وقت
الحجر ، فلا يتعلق به حق الأولين .

(قال) أي القدوري (وينفق على المفلس من ماله) أي ينفق على هذا المديون المحجور
عليه من التصرف ، وينفق على صيغة بناء المجهول (وعلى زوجته وولده الصغار) بضم
الواو وسكون اللام جمع ولد (وذوي أرحامه من يجب نفقته عليه) أي وينفق أيضاً
على ذوي أرحام المحجور عليه (لأن حاجته الأصلية متقدمة على حق الغرماء ، ولأنه حق
ثابت لغيره) أي ولأن الانفاق حق ثابت لغير المفلس وهو من يجب نفقته عليه (فلا
يبطله الحجر ، ولهذا) أي ولاجل كون حاجته الأصلية مقدماً (لو تزوج امرأة كانت في

مقدار مهر مثلها أسوة للفرماء . قال فإن لم يعرف للفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها إلى أن قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة . ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته وإن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه .

مقدار مهر مثلها أسوة للفرماء) لان الزيادة تضاف إلى التزامه وفيه إبطال حق الفرماء ولا يلي ذلك ، والاسوة بضم الهمزة وكسرها اسم من ابتنى به إذا اقتدى به واتبعه . ويقال اسلته بما لي أى جعلته أسوة اقتدى به ويقندي هو بي .

(قال) أى القدورى (فان لم يعرف للفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو) أى المفلس (يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة ، وذكرنا هذا الفصل بوجوه أي بطرقه (في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها إلى أن قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة) لقوله تعالى ﴿ وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ ٢٨٠ البقرة ، أى وإن وجد ذو إعسار ، أى فقر فالواجب نظرة أى انتظار إلى وقت اليسار والبينة على الاعسار بعد الحبس تقبل بالاتفاق فيطالبه القاضي بعد ذلك . وأما إذا قامت قبل الحبس ففيه روايتان في أحدهما تقبل وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل . وفي الأخرى لا تقبل ما لم يحبس ، وعليه عامة المشايخ ، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي وهو الأصح .

(ولو مرض في الحبس يبقى فيه) أى في الحبس ويبقى بالتشديد (إن كان له خادم يقوم بمعالجته ، وإن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه) لانه لا يجوز الاملاك للمكان الدين ،

والمحترف فيه لا يمكن من الإشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر
قلبه فينبعث على قضاء دينه ، بخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه
موضع يمكنه فيه وطأها لا يمنع عنه ، لانه قضاء إحدى الشهوتين
فيعتبر بقضاء الأخرى .

ألا ترى لو توجه اليه الهلاك لمحض كان له أن يدفعه بهال الغير فكيف يجوز إهلاكه
لأجل مال الغير . وعن أبي يوسف « رح » لا يخرج في هذه الصورة أيضاً ، لان الهلاك
لو كان لكان بسبب المرض وإنه في الحبس وغيره سواء . وفي الواقعات المحبوس في السجن
إذا مرض وليس لاحد يعاينه أخرجه من السجن بكفيل ، لانه لو ترك كذلك يخاف
عليه التلف ، والمستحق الحبس لا التلف . وفي الخلاصة هذا إذا كان الغالب عليه الهلاك ،
والفتوى على قول محمد « رح » ، وإنما يطلقه بكفيل ، فان لم يجد الكفيل لا يطلقه ، فان
كفل رجل وأطلقه فحضرة الخصم ليس بشرط .

(والمحترف) أى المحبوس الذى يحترف ، يعنى يكتسب بالحرفة وهي الصنعة قوله
(فيه) أى في الحبس (لا يمكن من الإشتغال بعمله هو الصحيح) احتراز به عن قول
بعض مشايخنا لا يمنع من الاكتساب فيه ، وبه قال الشافعي في الاصح ، لان فيه نظراً
للجانبيين ، لان نفقته ونفقة عياله عليه فيمكن من الكسب . وقال الخصاص الاصح أنه
يمنع منه ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول (ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه)
فينبعث بالنصب عطفاً على ليضجر ، وذلك لان الحبس للتضييق عليه ، حتى يتسارع إلى
الوفاء ، فاذا أمكن من الاحتراف فيه صار بمنزلة القوت فلا يحصل المقصود .

(بخلاف ما إذا كانت له جارية ، وفيه) أي وفي الحبس (موضع يمكنه فيه وطأها
لا يمنع عنه ، لانه قضاء أحد الشهوتين) أي لأن الوطء قضاء أحد الشهوتين وهما شهوة
البطن وشهوة الفرج (فيعتبر بقضاء الأخرى) أي إذا كان كذلك فيعتبر أحد الشهوتين
التي هي شهوة الفرج بالشهوة الأخرى وهي شهوة البطن . وفي الخلاصة لا يضرب المدينون
ولا يفل ولا يقيد ولا يخوف ولا يقام بين يدي صاحب الحق إهانة ، ولا يؤاجر في المنتفى

قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل
يلازمونه ولا يمنعون من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب
الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي . قال ويأخذون
فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص

يفيد المديون إذا خيف الفرار ولا يخرج المديون الجمعة ولا عيد ولا حج ولا صلاة الجنازة
ولا عيادة المريض ويحبس في موضع وحش لا يبسط له فرش ولا يدخل عليه أحد ليستأنس
به ذكره الإمام السرخسي .

(قال) أي القدوري (ولا يحول بينه وبين غرمائه) أي لا يحول التقاضي بين
المديون والمفلس وبين غرمائه (بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه) أي يدورون معه
حيث ما دار ولا يفارقونه في موضع معين لأنه حبس . وقال الناصحي في تهذيب أدب
القاضي قال ابن كاس في أدب القاضي قال أبو يوسف ومحمد إذا صح أنه معسر فلا سبيل
إلى لزومه ، وعلى قول اسماعيل بن حماد ليس للمدعي أن يلازمه ، ولكن يأخذ كفيلاً ،
ذكره شمس الأئمة في شرح أدب القاضي للخصاف .

(ولا يمنعون من البيع والتصرف والسفر) لأن فيه ضرراً بيناً عاماً (لقوله عليه السلام
لصاحب الحق يد ولسان) هذا دليل لقوله يلازمونه ، والحديث رواه الدارقطني في سننه
حدثنا أبو علي الصغار حدثنا عباس بن محمد حدثنا أبو عاصم حدثنا ثور عن يزيد عن مكحول
قال ، قال رسول الله ﷺ إن لصاحب الحق اليد واللسان . وأخرج البخاري في
الاستقراض ومسلم في البيوع عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال أتى النبي ﷺ
رجل يتقاضاه فأغلظ له فهم به أصحابه فقال دعوه ، فإن لصاحب الحق مقالاً (أراد
باليد الملازمة وباللسان التقاضي) وليس المراد باليد أن يتناول عليه بيد ، ولا باللسان أن
يؤذيه بالكلام الفاحش . وجه التمسك به أنه مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي
يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقبله .

(قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) أي يأخذ كل واحد منهم

لاستواء حقوقهم في القوة . وقالوا إذا أفلسه الحاكم حال
بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا ، لأن القضاء
بالإفلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة .
وعند أبي حنيفة «رح» لا يتحقق القضاء بالإفلاس ، لأن مال الله
تعالى غاد ورائح ، ولأن وقوف الشهود على عدم المال
لا يتحقق إلا ظاهراً

بقدر حصته من الدين ، هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضي وقسمه
بينهم بدون اختياره . وأما المديون ففي حال صحته لو أثر أحد الغرماء على غيره بقضاء
الدين باختياره له ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه الف درهم لثلاثة
فقر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلاثمائة ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع
الغرماء فحبسوه بديونهم في مجلس القاضي كيف يقسم أمواله بينهم ، قال إذا كان
المديون حاضراً فإنه يقضي ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ،
ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف
فيه على حسب مشيئته ، وإن كان المديون غائباً والديون ثابتة عند القاضي يقسم المال بين
الغرماء بالحصص ، إذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض (لاستواء حقوقهم
في القوة) أي لاستواء حقوق الغرماء في قوة الثبوت فلا يترجح البعض على البعض .

(وقالوا إذا أفلسه الحاكم) بتشديد اللام ، أي قال أبو يوسف ومحمد «رح» إذا حكم
القاضي بإفلاس المديون وإعساره (حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له
مالاً ، لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ، ويستحق النظرة إلى الميسرة)
كما لو كان دينه مؤجلاً ، وبه قالت الثلاثة .

(وعند أبي حنيفة لا يتحقق القضاء بالإفلاس ، لأن مال الله غاد ورائح) أي آت
وذاهب ، وكمن غني يمشي في مال جزيل ويصبح فقيراً ، وكمن فقير يمشي ويصبح غنياً
(ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً) إذ لا وقوف لهم على الحقيقة

فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة . وقوله إلا أن
يقيموا البيئة ، إشارة إلى أن بيئة اليسار ترجح على بيئة الإعسار
لأنها أكثر إثباتاً ، إذ الأصل هو العسرة ، وقوله في الملازمة لا يمنعونه
من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه
في موضع لأنه حبس فيه

(فيصلح) أى الظاهر (للدفع لا لإبطال حق الملازمة . وقوله إلا أن يقيموا البيئة إشارة
إلى أن بيئة اليسار ترجح على بيئة الإعسار) أى قول القدوري في مختصره ، واليسار
بفتح الياء إسم للإيسار من أيسر إذا استغنى ، والإعسار مصدر أعسر ، أى افتقر . وفي
بعض النسخ على بيئة العسار بفتح العين بمعنى الإعسار . قال في المغرب هو خطأ ، قيل
ذكر هذا على طريق الازدواج .

قلت لم يقل أحد في الازدواج باللحن والخطأ في اللفظ على أنه لا يطلب إلا في الخطب
والرسائل في كلام الفصاء ويقع في كلام الله تعالى لا ابتداء أسلوبه ونهايته في منهج البلاغة
والفصاحة ، أو كلام الرسول ﷺ لكونه مخصوصاً بجوامع الكلم .

(لأنها) أى لأن بيئة اليسار (أكثر إثباتاً إذ الأصل هو العسرة) واليسار طار فصار
كبينة ذي اليد في مقابلة بيئة الخارج . وفي خلاصة الفتاوى فإن أقام المديون البيئة على
الإفلاس فأقام الطالب البيئة على اليسار ، فبيئة الطالب أولى ولا حاجة الى بيان ما يثبت
به اليسار ، وفي بيئة الإفلاس لا يشترط حضرة المدعي وينبغي أن يقول الشهود إنه فقير
لا نعلم له مالاً ولا عرضاً من العروض يخرج بذلك عن حال الفقير . وعن أبي القاسم الصغار
ينبغي أن يقول الشهود نشهد أنه مفلس معدوم لا نعلم له ما سوى كسوته التي
عليه وثياب ليلة .

(وقوله) أى قول القدوري (في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على
أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع) أى لا يجلس الغريم المديون في موضع معين
(لأنه حبس فيه) أى إجلاسه في موضع معين حبس وليس له حق الحبس لأنه ليس

ولو دخل في داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ،
لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة . ولو اختار المطلوب
الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب ، لأنه أبلغ في حصول
المقصود لاختياره الأضيق عليه إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه
بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره ، فحينئذ يحبس
دفعاً للضرر عنه . ولو كان الدين للرجل على المرأة

بمستحق عليه . وعن محمد رحمه الله للمدعي أن يحبس في مسجد حيه أو بيته ، لأنه ربما
يطوف في الأسواق والسلك من غير حاجة فيتضرر به المدعي . وفي رواية عنه يلزمه
حيث أحب في المصر . ولو كان لا معيشة له إلا من كسبه لا يمنعه أن يسعى في مقدار
قوته يوماً ، فإذا حصل ذلك القدر في يومه فله منعه من الذهاب في ذلك ويجلسه . وفي
الواقعات رجل قضى عليه بحق لإنسان فأمر غلامه أن يلزم الغريم ، فقال الغريم لا
أجلس معه بل أجلس مع المدعي فله ذلك ، لأنه ربما لا يرضى بالجلوس مع العبد فيكون
عليه في ذلك الوقت زيادة ضرر .

(ولو دخل في داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ، لأن
الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة) وعن هذا قيل إذا أعطاه الفداء أو أعده
موضاً لأجل إيفائه له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب من جانب آخر ، كذا في النخيرة .
وفي الأقضية إذا كان عمل المأزوم سقي الماء ونحوه لا يمنعه من ذلك إلا إذا كفاه نفقته
ونفقة عياله ، وهكذا في الدخول في البيت .

(ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول
المقصود لاختياره الأضيق عليه) أي على المطلوب لأن ملازمة من لا يجانه أشد من كل
شديد (إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه) أي على المطلوب (بالملازمة ضرر بين بأن لا
يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبس دفعاً للضرر عنه . ولو كان الدين للرجل على المرأة

لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها . قال ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه . وقال الشافعي «رح» يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ ، لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع ، وهذا لأنه عقد معاوضة وقضيته ^(١) المساواة

لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنية، ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها (ولم يذكروا إذا كان الدين للمرأة على الرجل فعلى التعليل المذكور ينبغي أن يبعث رجلاً أميناً من جهةها ملازمة . وفي الخلاصة فلأن لم يجد امرأة إن شاء جعلها مع امرأة في بيت وهو على بابها والمرأة في بيت نفسها وهو على بابها ونقله عن النسفي .

(قال) أي القدوري (ومن أفلس) وفي بعض النسخ فإن أفلس يقال أفلس الرجل إذا لم يبق في يده مال كان دراهمه سارت فلو سارت يوماً كما يقال أخبت الرجل إذا صار أصحابه خبثاً وأقطعن إذا صارت دابته قطوفاً ، ويجوز أن يراد به إن صار إلى حال بذر فيها كما يقال أقهر الرجل إذا صار إلى حالة يقهر عليها وأزال إذا صار إلى حال بذل فيها (وعنده متاع لرجل بعينه) أي والحال أن عنده متاع لشخص معين (ابتاعه منه) أي قد اشتراه من الرجل كما في قوله تعالى ﴿ أو جاءوكم حصرت صدورهم ﴾ أي قد حصرت (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) أي في المتاع .

(وقال الشافعي «رح» يحجر القاضي على المشتري بطلبه) أي بطلب البائع الحجر عليه حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره . (ثم للبائع خيار الفسخ ، لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع ، وهذا) إشارة إلى وجه القياس والجامع بين عجز المشتري عن إيفاء الثمن وعجز البائع عن تسليم المبيع (لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) أي لأن المبيع عند معاوضته وقضيته المساواة

(١) ومن قضيته - هامش .

فصار كالسلم . ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره ، وإنما المستحق وصف في الذمة ، أعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها إلا في موضع التعذر كالسلم ،

وهي فيما ذكرنا (فصار كالسلم) هذا جواب عما يقال هذا قياس مع وجود الفارق وهو فاسد ، وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ ، بخلاف المبيع فإنه غير بدل عليه الفسخ ، فأجاب بقوله فصار كالسلم يعني لا نسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ ، فإن المسلم فيه دين لا محالة ، فإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ ، كذا هذا . ويقول الشافعي رحمه الله قال مالك وأحمد والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وروى ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة رضي الله عنهم .

(ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين) أي عين الدرام المنقودة وعين الدنانير المنقودة (وهو غير مستحق بالعقد) أي غير الدرام المنقودة غير مستحق ، بل المستحق به الدين وهو وصف في الذمة يعلم أنه عجز عن تسليم شيء غير مستحق بالعقد (فلا يثبت حق الفسخ باعتباره) أي باعتبار أنه غير مستحق بالعقد (وإنما المستحق وصف في الذمة أعني الدين) ولا يلزم من العجز عن تسليم عين الدرام أو عين الدنانير بالإفلاس العجز عن المستحق بالعقد (وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة) حكيمية ، هذا جواب عما يقال لما كانت العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب إنسان يتبرأ ذمة المدين بدفع المنقود .

وتقرير الجواب أن المستحق بالعقد هو الوصف الثابت في الذمة وقضاء الدين واجب ، وذلك بالوصف غير متصور ، وجعل الشارع العين بدلاً عنه ، فإذا قبض العين بدلاً عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث أنه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتفتان قصاصاً .

(هذا) أي تحقق المبادلة (هو الحقيقة) في قضاء الدين (فيجب اعتبارها إلا في موضع التعذر كالسلم) حيث يكون للمسلم فيه الذي هو الخنطة أو الشعر حكم الدين الذي

لان الاستبدال ممتنع فأعطى للعين حكم الدين والله أعلم

هو الوصف الثابت في الذمة لتعذر القول بالإستبدال (لأن الإستبدال ممتنع) لقوله عليه السلام لا تأخذ إلا سملك أو رأس مالك (فأعطى للعين حكم الدين) تحرزاً عن الإستبدال فيكون العين مستحقاً بالعقد ، فصار العجز عنه كالعجز عن تسليم المبيع .

فإن قيل ما تقول في حديث أبي هريرة الذي أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما أنه عليه السلام قال من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به ، وقد روي هذا الحديث بوجوه مختلفة . قلت أبو هريرة رضي الله عنه روى أيضاً عن النبي عليه السلام أيما رجل باع سلعة فأدركها عند رجل قد أفلس فهو ماله بين غرمائه ، أخرجه الدارقطني فاختلفت الرواية ، وذلك يوجب وهنا في الحديث على ما عرف .

فإن قلت في إسناده ابن عياش وهو ضعيف . قلت قد وثقه أحمد رحمه الله وقد احتج بالحديث الخفاف والرازي .

فإن قلت قال الدارقطني لا يثبت هذا الحديث عن الزهري رحمه الله مسنداً ، وإنما هو مرسل . قلت المرسل عندنا حجة ، وأسنده الخفاف والرازي . ولئن سلمنا فمعناه إذا باع شيئاً على أنه بالخيار فوجد المشتري مفلساً في مدة الخيار فهو أحق بماله ، أي فيتخير الفسخ ويكون معناه إرشاد إلى ما هو الأوثق كما في قوله تعالى ﴿ واشهدوا إذا تباعتم ﴾ ، وغيره . وقيل هذا محمول على الفص ، فإن المقصود منه أحق بماله إذا وجد عند الفاسب ، وفيه نظر لأن قوله قد أفلس يبقى حقه حينئذ ضائعاً ، لأن أحقية الملك ثابت في الفص وجد مفلساً أو مليئاً . وقيل هو محمول على الوديعة وفيه نظر أيضاً . وقيل محمول على أنه قبض المبيع بغير إذن البائع وفي هذا الموضع له حق الاسترداد وما ذهباً إليه وهو قول جماعة من الجلة الأكابر

قال عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال أيما رجل باع من رجل سلعة فأفلس المشتري فإن وجد البائع سلعة بعينها فهو أحق بها ، فإن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو والقرماء سواء ، وإن مات المشتري فالبائع أسوة القرماء ، وكذا روي عن معمر بن عبد العزيز . وروي أيضاً عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن شريح قال أيما غريم اقتضى

منه شيئاً بعد إفلاسه فهو والغرماء سواء يخاصمهم به ، وبه كان يفتي ابن سيرين ، وإليه ذهب ابن جنيد ذكره صاحب التمهيد ، وفي الاستذكار قال النخعي وأبو حنيفة وأهل الكوفة هو أسوة الغرماء على كل حال . وروي ذلك عن خلاص عن علي رضي الله عنه وابن حزم صحيح روايته . وحكى الخطابي هذا القول عن ابن شبرمة أيضاً .

فان قلت روى أحمد في مسنده عن سمرة أنه عليه السلام قال من وجد متاعاً عند مفلس فهو أحق به . قلت في اسناده عمر بن ابراهيم قال أبو حاتم لا يحتج به .

فان قلت روى البيهقي عن الشافعي قال قرأنا على مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر ابن عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال أيا رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به . قلت هذا مرسل وهو ليس بحجة عندنا .

فان قلت روى البيهقي من حديث معمر عن أيوب عن عمر رضي الله عنه وابن دينار عن هشام بن يحيى عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلمته بعينه فهو أحق بها دون الغرماء . قلت قد مر الجواب عن حديث أبي هريرة في هذا الباب .

فان قلت روى الطيالسي عن ابن أبي ذئب حدثني أبو المعتمر عن عمر بن خالد ، قال أتينا أبا هريرة في صاحب لنا يعني أفلس فأصاب رجل متاعه بعينه ، قال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ إن من أفلس أو مات فأدرك رجل متاعه بعينه فهو أحق به ، إلا أن يدع الرجل وفاء . وذكر البيهقي عن الشافعي أنه قال الذمي أحدث به أولى ، يعني حديث ابن خلدة من قبل أن ما أحدث به موصول يجمع فيه النبي عليه السلام بين الموت والإفلاس . وحديث ابن شهاب منقطع . قلت قال عبد الحق في أحكامه ، قال أبو داود من يأخذ بهذا أبو المعتمر من هو ، أي لا يعرف . وقال الطحاوي لا تعرف من هو ولا سمعنا له ذكراً إلا في هذا الحديث . وفي الإشراف الحديث مجهول الإسناد والله أعلم بالصواب .

كتاب المأذون

الإذن هو الإعلام لغة . وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق
عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته ،

(كتاب المأذون)

إيراده عقيب الحجر ظاهر التناسب إذ الإذن بعد الحجر .

(قال الإذن هو الإعلام لغة) يعني من حيث اللغة . قال الجوهري إذن له في الشيء
إذناً وأذن بمعنى علم ، ومنه قوله تعالى ﴿ فَأَذْنُوا بحرب من الله ورسوله ﴾ ، وأذنه
له إذناً بفتح الحاء استمع ، انتهى . قال تاج الشريعة وفيما نحن فيه إعلام لأن المولى يعلم عبده
بعدم حجره ويعلم الناس بذلك أيضاً . وفي المغرب الإذن من الإذن وهو الاستماع يقال
استأذنه فلم يأذن له وهو مأذون له وهي مأذون لها وترك الصلة ليس من كلام العرب كما
في المحجور عليه .

(وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا) أي فك الحجر الثابت بالرق حكماً ورفع المانع
من التصرف حكماً ، والمولى إذا أذن لعبده في التجارة فقد أسقط عن نفسه الذي كان العبد
لأنه مجبوراً عن التصرف في مال المولى قبل إذنه فيصير عندنا بمنزلة المكاتب . وعند
الشافعي وأحمد وهو إنابة وتوكيل . وقال الأتراسي وإنما قيد بقوله عندنا احترازاً عن
قول زفر والشافعي ، فإن الإذن عندهما توكيل وإنابة في التصرف . وفائدة الخلاف أن
الإذن بالتجارة لا يتخصص حتى لو أذن له في نوع يكون مأذوناً في أنواع التجارة عندنا
خلافاً لها أو لزفر أيضاً كما يحییء إن شاء الله تعالى .

(والعبد بعد ذلك) أي بعد إسقاط الحق (يتصرف لنفسه بأهليته القديمة) فيكون

لأنه بعد الرق بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره
عن التصرف لحق المولى ، لأنه ما عهد تصرفه إلا موجباً لتعلق الدين
برقبته أو كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من
غير رضاه ، ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ، ولهذا
لا يقبل التوقيت حتى لو أذن لعبده

تصرفه لنفسه لا لمولاه بالتوكيل والاناية (لأنه بعد الرق بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق
وعقله المميز) أى لأن العبد بعد الرق صار أهلاً للتصرفات إذ ركن التصرف كلام معتبر
شريعاً لصدوره عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق ، وهما لا يفوتان بالرق ،
إذ صلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشرية وبالرق لا يخرج عن كونه بشراً غير أن
امتناعه (وانحجاره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد) أى بما عرف (تصرفه إلا
موجباً لتعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك) أى ما ذكر من رقبته أو كسبه (مال المولى
فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه) فإذا أذن فقد رضي بإسقاطه حقه (ولهذا)
أى ولكون صحة تصرفه بأهلية نفسه (لا يرجع) أى العبد (بما لحقه من العهدة على
المولى) لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب
حبس وذمته خالص حقه لا محالة ، ولهذا لو أقر بالقصاص على نفسه صح ، وإن كذبه
المولى فكان الشراء حقاً له ، وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضاً ، لكن
شرطنا إذنه دفعاً للضرر عنه بغير رضاه .

فان قيل المأذون عدم أهليته لحكم التصرف وهو الملك ، فينبغي ألا يكون أهلاً لنفس
التصرفات ، ولأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك . أجيب
بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل في ذلك كما أشرنا إليه .

فان قيل لو كان العبد يتصرف بأهليته والإذن فك الحجز لما كان للمولى ولاية الحجز
بعده امتناع عن الإسقاط فيما يستقبل ، لأن الساقط لا يعود .

(ولهذا) أى ولكون الإذن إسقاطاً عندنا (لا يقبل التوقيت حتى لو أذن لعبده

يوما كان مأذونا أبداً حتى يحجر عليه لأن الإسقاطات لا تتوقف ثم
الإذن كما يثبت بالصريح ثبت بالدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشترى
فسكت يصير مأذونا عندنا ، خلافاً لزفر والشافعي .

يوما كان مأذونا أبداً حتى يحجر عليه (لأن تصرفه بحكم مالكيته الأصلية ، وإنها عامة
لا تختص بنوع ومكان ووقت .

فان قيل قوله فك الحجر وإسقاط الحق المذكور في حيز التعريف فكيف جاز
الاستدلال عليه . أجيب عنه يجوابين ، أحدهما أنه ليس باستدلال ، وإنما هو تصحيح
النقل بدل يدل على انه عندنا معروف بذلك . والثاني أنه حكمه الشرعي وهو تعريفه ،
وكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً لا يقال لا يصح
الاستدلال على عدم التخصيص والتوفيق بإذن الإذن عبارة عن فك الحجر والإطلاق
وتعليك اليد ، فان القضاء إطلاق واثبات للولاية مع انه قابل للتخصيص ، وكذا الإعارة
والإجارة تملك للمنفعة واثبات اليد على العين مع انه قابل للتخصيص لأننا نقول القاضي
لا يعمل لنفسه بل هو نائب عن المسلمين ، ولهذا يرجع بها لحقه من العهدة في مال المسلمين ،
بخلاف العبد فانه لا يرجع على المولى بها لحقه من العهدة . وأما المستأجر والمستعير فانه
يتصرف في محل هو ملك الغير بإيجاب صاحب الملك له وإيجابه في ملك نفسه يقبل
التخصيص فافهم (لأن الاسقاطات لا تتوقف) كالأطلاق والعناق وتأجيل الدين وتأخير
المطالبة ، إذ الساقط يتلاشى (ثم الإذن كما يثبت بالصريح ثبت بالدلالة كما إذا رأى
عبده يبيع ويشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلافاً لزفر والشافعي) ومالك وأحمد هذا
من باب بيان الضرورة وقد عرف في الأصول . قالوا السكوت محتمل الرضاء وفرط الغيظ
وقلة الالتفات إلى تصرفه لعله بكونه محجوراً ، والمحتمل يكون حجة .

قلنا جمل سكوته حجة لأنه موضع بيان إذ الناس يعاملون العبد عليهم بسكوت
المولى ومعاملتهم قد تقضى إلى حقوق ديون عليه وإذا لم يكن مأذوناً تتأخر المطالبة إلى
ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق . وفي ذلك إضرار للمسلمين بإيتاء حقهم ولاضرار في

ولا فرق بين أن يبيع عبداً مملوكاً للمولى والأجنبي بإذنه أو بغير
إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً ، لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها

الإسلام ، وليس للمولى فيه ضرر يتحقق ، لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ، فكان
موضع بيان أنه راض به والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان .

فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح ، فكيف يصح غيره ،
وكذا إذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن إذناً فما الفرق . أجيب بأن الضرورة
في التصرف الذي رآه مستحق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته ،
وليس في ثبوت الإذن في غيره ذلك لما قلنا أن الدين قد يلحقه ، ولا يلزم من كون السكوت
إذناً بالنظر إلا ضرر متوهم كونه إذناً بالنظر إلى متحقق وهو الجواب عن بيع الأجنبي
ماله وفي الرهن لم يكن سكوته إذناً ، لأن جعله إذناً يبطل ملك المرتهن عن اليد ، وقد
لا يصل إلى يده من محل آخر ، فكان في ذلك ضرر محقق ، لا يقال الراهن أيضاً يتطور
ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكماً ، لأن بطلان ملكه عن الثمن
موقوف ، لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن
البدليات فكان أقوى .

وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوج نفسه فانما لم يصير السكوت فيه إذناً . قال
بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام ، لأن السكوت إنما يصبح إذناً وإجارة
دفعاً للضرر على أحد في نكاح العبد والأمة ، لأن النكاح يكون موقوفاً ، لأن نكاح
المملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك ، وليس لأحد إبطال
ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد . قيل فيه نظر ، لأنه
لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته ، وإنما هو في أن سكوت
إجازة أو لا ، ولعل الصواب أن يقال إن في ذلك ضرراً محققاً للمولى فلا يكون السكوت إذناً .
(ولا فرق أن يبيع عبداً مملوكاً للمولى والأجنبي) أي أو مملوكاً للأجنبي (بإذنه
أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً ، لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها) أي في التجارة

فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له ، ولم يكن راضياً به لمنعه
 دفعاً للضرر عنهم . قال وإذن المولى لعبده في التجارة إذناً عاماً جاز
 تصرفه في سائر التجارات ، ومعنى هذه المسألة أن يقول له أذنت
 لك في التجارة ولا يقيد . ووجه أن التجارة اسم عام يتناول
 الجنس فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة .
 ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه ،
 وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة

(فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له ولو لم يكن راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم)
 أي كل ما رآه من الناس .

(قال) أي القدوري (وإذن المولى لعبده في التجارة إذناً عاماً) يعني لم يقيد بنوع من
 التجارة (جاز تصرفه في سائر التجارات) أي جميعها ، يقال سائر أي جميعهم (ومعنى
 هذه المسألة) أي معنى مسألة الاذن العام ، يعني تصويره (أن يقول له أذنت لك في
 التجارة ولا يقيد) بنصب الدال عطفاً على قوله أي فلا يقيد الاذن بنوع من أنواع
 التجارة ، وهذا بلا خلاف ، وإنما الخلاف في الاذن بنوع فكان فائدة ذكر معنى المسألة
 لبيان نفي الخلاف .

(ووجه أن التجارة) أي وجه جواز تصرفه في سائر التجارات (اسم عام) لأنه
 اسم جنس محلي باللام فكان عاماً (يتناول الجنس) أي جنس التجارة للعموم (فيبيع
 ويشترى) أي إذا كان كذلك يبيع ويشترى (ما بدا له) أي ما ظهر له (من أنواع
 الأعيان لأنه) أي لأن بيع الأعيان (أصل التجارة) والمنافع لكونها قائمة
 بالأعيان فألحقت بها .

(ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه) أي الغبن اليسير ،
 وعند الشافعي وأحمد لا يجوز إلا بثمن المثل كما في الوكيل (وكذا بالفاحش عند أبي

خلافاً لهما . هما يقولان أن البيع الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى
اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الإذن كالمهبة . وله
أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر ، وعلى هذا
الخلاف الصبي المأذون .

حنيفة (أى كذا يجوز بالنفن الفاحش عند أبي حنيفة سواء كان عليه دين أو لا) خلافاً
لها (أى لأبي يوسف وعمر بن الخطاب) ويقولان قال زفر والشافعي وأحمد .

(هما يقولان أن البيع الفاحش منه بمنزلة التبرع) وهو خلاف المقصود إذ المقصود
الاستباح دون الإتلاف فلا ينتظم الإذن (حتى اعتبر) البيع بالنفن الفاحش (من
المريض من ثلث ماله) لأنه بمنزلة التبرع ، فصار كالمهبة (فلا ينتظمه الإذن كالمهبة) أى
أى إذا كان كذلك فلا ينتظم البيع بالنفن الفاحش الإذن .

(وله) أى ولأبي حنيفة رحمه الله (أنه) أى أن المبيع بالنفن الفاحش (تجارة)
لا تبرع ، لأنه وقع في ضمن عقد التجارة ، والواقع في ضمن الشيء له حكم ذلك الشيء
(والعبد متصرف بأهلية نفسه) لما مر تقديره (فصار كالحر) بالإذن فالحر يملك البيع
بالنفن الفاحش ، فكذا العبد المأذون . وقال طاج الشريعة أى كالحر المريض المدينون
المستغرق جميع تركته بالدين .

فان قلت يشكل بالمريض حيث لا يتصرف فيما وراء الثلث وإن كان يتصرف بأهليته
قلت إنما لا يملك لتملق حق الغير وهو التبرع أو الوارث بذلك المال ، حتى لو رضي
ينفذ ولا كذلك المولى لسقوط حقه .

(وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون) أى على الخلاف المذكور للصبي المأذون له من
جهة أبيه أو وصيه في التجارة إذا باع بالنفن الفاحش ، وكذا المكاتب والمعتوه المأذون .
ثم أبو حنيفة فرق بين البيع والشراء في تصرف الوكيل بالنفن وسوى بينهما في تصرف
المأذون ، لأن الوكيل يرجع على الأمر لما يلحقه من المهددة ، فكان الوكيل بالشراء منها
في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر النفن أراد أن يلزمه الأمر وهذا لا يوجد في تصرف

ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين ،
وإن كان فمن جميع ما بقي ، لأن الإقتصار في الحر على الثلث لحق
الورثة ولا وارث للعبد ، وإن كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري
أو جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحر ، وله أن يسلم ويقبل
السلم لأنه تجارة ،

المأذون لأنه لا يرجع بها لحقه من المهددة على أحد فاستوى البيع والشراء في حقه ،
كذا في المبسوط .

(ولو حابى) أي العبد المأذون وهو من المحاباة ومن الحباء وهو العطاء ، وصورته أن
يوصي بأن يبيع عبده من فلان وقيمته ألف مثلاً بخمسائة (في مرض موته يعتبر من جميع
ماله إذا لم يكن عليه دين) لأنه يكون محاباة من المولى ، لأن المال للمولى ، والشرط أن
يكون المولى صحيحاً حتى إذا كانت المحاباة منه في مرض الولي لمحاباته باليسير ، والفاحش
معتبر من الثلث عند أبي حنيفة ، كما لو حابى المولى بنفسه في مرضه . وعندهما محاباته
باليسير كذلك وبالفاحش باطل وإن كان يخرج من ثلث مال المولى ، لأنه لا يملك هذه
المحاباة بالإذن في التجارة كما لو باشره في صحة المولى (وإن كان) عليه دين (فمن جميع ما
بقي) يعني يؤدي دينه أولاً فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة (لأن الإقتصار في
الحر على الثلث لحق الورثة ، ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لأنه رضي بسقوط
حقه بالإذن ، فصار كالوارث إذا سقط حقه في الثلثين بالإجارة ، فإنه يتصرف المريض
للكل فكذا هذا .

(وإن كان ^(١) الدين محيطاً بما في يده) بطلت المحاباة (يقال للمشتري أو جميع المحاباة
وإلا فاردد البيع كما في الحر) إذ حابى في مرض موته (وله أن يسلم ويقبل السلم) أي
للمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه (لأنه تجارة) أي لأن الاسلام تجارة ، وكذا

(١) وإذا كان - هامش .

وله أن يوكل بالبيع والشراء لأنه قد لا يتفرغ بنفسه . قال
ويرهن ويرهن لأنهما من توابع التجارة فإنهما إيفاء واستيفاء
ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت ، لأن كل ذلك
من صنيع التجارة ويأخذ الأرض مزارعة ، لأن فيه تحصيل
الربح ويشترى طعاماً ويزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح ، قال
عليه السلام الزارع يتاجر ربه . وله أن يشارك شركة عنان

قبول السلم (وله أن يوكل بالبيع والشراء ، لأنه قد لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره
لأن ذلك من صنيع التجارة .

(قال) أي القدوري (ويرهن ويرهن ، لأنهما من توابع التجارة فإنهما إيفاء) في
الرهن (واستيفاء) في الارتهان وهما من التجارة (ويملك أن يتقبل الأرض) أي يأخذها
لقبالة ، أي يستأجرها أو يتقبل الأرض الموت من الإمام للاحياء . وفي المغرب قبالة
الأرض أن يتقبلها إنسان فيقبلها الإمام أي يعطيها أيام مزارعة أو مساقاة . (ويستأجر
الأجراء) وهو جمع أجير (والبيوت) أي يستأجر البيوت (لأن كل ذلك من صنيع
التجارة) أي كل ما ذكر من الأشياء التي تقدمت (ويأخذ الأرض مزارعة ، لأن في ذلك
تحصيل الربح) لأنه إن كان البذر من قبله فهو مستأجر الأرض ببعض الخارج وذلك
أنفع من الاستئجار بالدراهم ، لأنه إذا لم يحصل خارج لا يلزمه ، بخلاف الاستئجار
بالدراهم وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو أجر نفسه من رب الأرض لعل
المزارعة ببعض الخارج . ولو أجر نفسه بالدراهم صار كما سيجيء فكذا هذا .

(ويشترى طعاماً ويزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح) وإن كان استهلاكاً حقيقة
(قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه) هذا الحديث ليس له أصل ، وهو غريب جداً .

(وله أن يشارك شركة عنان) قيد به لأنه ليس له شركة المفاوضة لأن مبناه على
الوكالة والكفالة ، والوكالة داخلة تحت الإذن دون الكفالة ثم يصح منه شركة العنان
مطلقاً عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة حتى لو اشترك المأذون شركة عنان على أن

ويدفع المال مضاربة ويأخذها ، لأنه من عادة التجار ، وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي « رح » وهو يقول لا يملك العقد على نفسه ، فكذا على منافعه لأنها تابعة لها . ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها إلا إذا كان يتضمن إبطال الاذن كالبيع لأنه ينحجر به والرهن لأنه يحبس به فلا يحصل به مقصود المولى ، أما الإجارة لا ينحجر به

بشترى بالنقد والنسيئة بينها لم يحز من ذلك النسيئة وجاز النقد ، لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة . ولو أذن لها الوليان في الشركة على الشراء بالنقد والنسيئة ولا دين عليها فاشتركا صار كما لو أذنا لها بالكفالة . ولو اشتركا معاوضة بالاذن تصير عنائاً ، كذا في البسوط والذخيرة (ويدفع المال مضاربة ويأخذها) أي يأخذ المضاربة أيضاً (لانه من عادة التجار) لان كل واحد من دفع المال مضاربة وأحدهما من عادة التجار .

(وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي) أي والمأذون له أن يؤجر نفسه خلافاً للشافعي . قال أحمد وعن الجلي من أصحابه يجوز كقولنا . وكذا لو وكل إنساناً لا يجوز عند الشافعي ، وكذا لو أجره عبيد التجارة دابة لا يجوز عند الشافعي ، وفي الأصح يجوز (وهو) أي الشافعي (يقول لا يملك العقد على نفسه) بالبيع والرهن ، يعني لا يملك نفسه ولا هاهنا يدين عليه (فكذا على منافعه) أي فكذا لا يملك على منافعه نفسه (لانها تابعة لها) أي لان منافعه نفسه تابعة لنفسه .

(ولنا أن نفسه رأس ماله) لان المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع إليه مالاً وهو رأس المال المأذون له يملك التصرف فيه ضرورة ، وهو معنى قوله (فيملك التصرف فيها) أي في رأس ماله (إذا كان) أي التصرف (يتضمن إبطال الاذن كالبيع) أي بيع نفسه (لانه ينحجر به) لانه يخرج به عن ملك المولى لو صح (والرهن) أي وكان الرهن ، أي رهن نفسه على دين (لانه يحبس به) أي لان المرهون له يحبس عند المرتهن (فلا يحصل به مقصود المولى) وهو الرهن (أما الإجارة) أي إجارة نفسه (لا ينحجر به

ويحصل به المقصود وهو الربح فيملك . قال فإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها . وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع ، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر . لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ، ولهذا يملك حججه فيتخصص بما خصه به كالمضارب .

ويحصل به المقصود وهو الربح فيملك (إذا كان كذلك فيملك الاجارة . وما ذكره الشافعي ينتقض بالحر ، فانه لا يملك بيع نفسه ويملك إجارته .

(قال) أى القدوري (فإن أذن له في نوع منها دون غيره) أى فإن أذن المولى لعبده في نوع من التجارات دون نوع (فهو مأذون في جميعها) أى في جميع التجارات . قال في الايضاح سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت ، صورته أن يقول لعبده تصرف في الخبز وسكت ، أو قال تصرف في الخبز ولا تتصرف في البز فإنه يملك للتصرف في الخبز والبز جميعاً .

(قال زفر والشافعي لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع ، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر) فعندنا يملك التصرف في الكل ، وعندهما لا يملك إلا فيما عينه (لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى ، لأنه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو) أى الحكم (الملك له) أى للمولى يعني أن المقصود من التصرف حكمه وحكمه الملك وهو للمولى لا للعبد ، لأنه بالرق خرج عن أن يكون أهلاً للملك (دون الملك ^(١)) أى لا للعبد (ولهذا) أى ولكون الملك للمولى دون (يملك حججه) أى يملك المولى حججه (فيتخصص بما خصه به) أى إذا كان كذلك يتخصص الإذن بما خص به المولى ، كما لو أذنه بالترويج من امرأة بعينها لم يكن أن يتزوج غيرها (كالمضارب) إذا قال له رب المال

(١) دون العبد - هامش .

ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه ، وعند ذلك يظهر
مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع ، بخلاف الوكيل ،

اعمل مضاربة في البر مثلاً ليس له أن يعمل في غيره .

(ولنا أنه) أى أذن المولى (إسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) أى في أول
كتاب المأذون (وعند ذلك) أى عند الاذن (يظهر مالكية العبد) فيصير كالمكاتب
(فلا يتخصص بنوع دون نوع) لكون التخصص إذ ذاك تصرفاً في ملك الغير ،
فلا يجوز .

فان قلت ينتقض بالاذن . وفي النكاح فانه فك الحجر وإسقاط الحق ، فاذا أذن
للعبد أن يتزوج فلانه فليس له أن يتزوج بغيرها . قلت الاذن فيه تصرف في ملك نفسه
لا في ملك الغير ، لان النكاح تصرف مملوك للمولى ، لانه لا يجوز لولي الرق إخراج العبد من
أهلية الولاية على نفسه ، فكانت الولاية للمولى ، وهذا أجاز أن يخيره عليه ، فكان العبد
كالوكيل والنائب عن مولاه . فيتخصص بما خصه به .

فان قلت الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه من التصرف
لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة في الحز دون البز . قلت هذا ضرر غير محقق ،
ولئن سلمنا فله أن يدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند
أبي حنيفة يدفع ذلك .

فان قلت العبد يتصرف في كسبه وهو مملوك للمولى فيصبح التخصص ، ألا ترى أنه
لو استعار من آخر ثوباً ليرهنه في دينه فان للمعير أن يرهن بالدراهم لا يملك رهنه
بالدنانير . قلت أما في الشراء فلا يستقيم لانه يتصرف في ذمته ، وأما في البيع .
فنقول الكسب حصل بتصرفه فيكون له إلا فيما تعذر إيقاؤه له .

فان قلت إنه أزال الحجر في حق تصرف خاص لانه نص عليه دون غيره قلت بلى ،
ولكن يوجب الرضى بتعطيل منافعه مطلقاً ، ولا فرق بين أن تتعطل منافعه بهذا التصرف
أو بتصرف آخر .

(بخلاف الوكيل) هذا يجوز أن يكون جواباً عن قوله كالمضارب ، لان المضارب

لأنه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه . قال وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لأنه استخدام ، ومعناه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقاً لأهله ، وهذا لأنه لو صار مأذوناً ينسد عليه باب الاستخدام

وكيل الوكيل يستفيد الولاية من جهته (لأنه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته) أي من جهة الغير (وحكم التصرف) جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة بالسند ، أي لانسلم أن حكم التصرف (وهو الملك واقع) للمولى بل هو واقع (للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة) بغير إذن المولى (وما استغنى عنه) المأذون له (يخلفه المالك فيه) أي في الذي استغنى عنه . (قال) أي القدوري (وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون ، لأنه استخدام ومعناه) أي معنى قول القدوري وإن أذن له بشيء بعينه (أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقاً لأهله) أي لأجل أن يكون رزقاً أو قوتاً لعياله ، وإنما فسر هكذا احترازاً عما إذا علم أن مقصوده الأذن في ذلك ، فحينئذ يكون مأذوناً من التجارة ، كما إذا قال اشتر لي ثوباً وبعه ، فإن قوله بعه يدل على الأذن في التجارة (وهذا) توضيح لما ذكره (لأنه لو صار مأذوناً) أي لان العبد لو صار مأذوناً بإذنه في شيء بعينه (ينسد عليه) أي على المولى (باب الاستخدام) أي استخدام العبد في حوائجه لا قضاء به إلى من أمر عبده بشراء بفلسين كان مأذوناً يصح إقراره بديون يستغرق رقبته ويؤخذ بها في الحال ، فحينئذ لا يستجري أحد على استخدام عبد فيما أسند إليه حاجته ، لأن غالب استعمال العبيد في شراء الأشياء الحقةرة .

فان قلت ما الحد الفاصل بين الاستخدام والأذن بالتجارة . قلت الأذن بالتصرف المكرر صريحاً مثل أن يقول اشتر لي ثوباً وبعه ، أو قال بع هذا الثوب واشتر بثلثه أو

بخلاف ما إذا قال أد إلي الغلة كل شهر كذا ، أو قال
أد إلي ألفاً وأنت حر ، لأنه طلب منه المال ولا يحصله إلا بالكسب
أو قال له أقعد صباغاً أو قصاراً لأنه أذن بشراء ما لا بد منه لهما
وهو نوع فيصير مأذوناً في الأنواع قال المأذون بالمأذون بالديون
والمغضوب جائز وكذا بالودائع ، لأن الإقرار من توابع التجارة
إذ لو لم يصح لاجتناب الناس

دلالة ، كما إذا قال أد إلي الغلة كل شهر ، أو أد إلي ألفاً وأنت حر .

أشار إليه المصنف بقوله (بخلاف ما إذا قال) أى المولى لعبده (أد إلي الغلة كل
شهر كذا) خمسة دراهم مثلاً (وقال أد إلي ألفاً وأنت حر ، لأنه طلب منه المال ولا
يحصله) أى العبد لا يقدر على تحصيل المال (إلا بالكسب) فهو دلالة التكرار (أو قال
أقعد صباغاً أو قصاراً ، لأنه أذن بشراء ما لا بد منه لهما وهو نوع) من الأنواع يتكرر
بتكرار العمل المذكور (فيصير مأذوناً في الأنواع) كلها أما إذا أذن بتصرف غير مكرر
كطعام أهله وكسوتهم لا يكون إذنًا .

فان قلت ينتقض بما إذا غصب العبد متاعاً وأمر هؤلاء ببيعه فان تخصيص بيع
المغضوب إذن في التجارة وليس الأمر بعقد مكرر . قلت إنه أمر بالمقد المكرر دلالة ،
وذلك لأن تخصيصه بيع المغضوب باطل لعدم ولايته عليه والإذن قد صدر منه صريحاً .
فاذا بطل التقييد ظهر الإطلاق ، وكلام المصنف يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعي رد
الشخصي والإذن بالأول إذن دون الثاني فتأمل .

(قال) أى القدوري (وإقرار المأذون بالديون والمغضوب جائز) سواء صدقه المولى
أو لا ، لأن الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان ، وعند الثلاثة يجوز إقراره بديون
المعاملة فقط وإقراره بالغصب والاتلاف يصح إن صدقه المولى (وكذا بالودائع) أي وكذا
يجوز إقراره بالودائع والأمانات (لأن الأقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتناب الناس

مبايعته ومعاملته . ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته وإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر ، بخلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لأنه كالحجور في حقه . قال وليس له أن يتزوج لأنه ليس بتجارة ولا يزوج ممالكه . وقال أبو يوسف « رج » يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبهه إجارته .

مبايعته ومعاملته (فلا يحصل المقصود) ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته (أي لا فرق في الإقرار في الحالتين (فإذا كان) أي الإقرار (في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر) والجامع تعلق حق الغرماء .) بخلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة (كالكفالة والاستهلاك والأرض والإقرار بالمهر . وإن كان بغير إذن المولى فإنه لا يصدق فيه (لأنه كالحجور في حقه) أي في حق ما يجب من المال لا بسبب التجارة . وفي المبسوط عبد مأذون غصب جارية بكراً أو قبضها رجل في يده كان لمولاهما أن يأخذ العبد بعقرها ، لأن الغائب بالاعتصاف جزء من ماله وهي مضمونة على العبد بجميع أجزائها والعبد مؤاخذ بضمان الغصب في الحال مأذونا أو محجوراً . ولو أقر العبد أنه وطئ جارية بنكاح بغير إذن مولاهما فاعتصمها فلم يصدق ، لأنه ليس من التجارة ، فإن وجوب العقد هنا باعتبار النكاح ، والنكاح ليس تجارة . وفي الإيضاح لو أقر بخيانة على عبد أو حر أو مهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد ولو بشبهة ، فإن إقراره باطل لا يؤاخذ به حتى يعتق . أما لو أقر به بوجوب القود حيث يصح ويقر له استيفاءه ، وبه قال الشافعي ومالك . وقال أحمد ومحمد وزفر والمزني وداود لا يصح ، وقد مر في الإقرار .

(قال) أي القدوري (وليس له أن يتزوج) لأنه ليس له أن يتزوج (لأنه ليس بتجارة ولا يزوج ممالكه) هذا عند أبي حنيفة والثلاثة (وقال أبو يوسف يزوج الأمة ، لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبهه إجارته) أي إجارة الأمة ، والجامع تحصيل المال بالمنافع

ولهما أن الإذن يتضمن التجارة ، وهذا ليس بتجارة ،
ولهذا لا يملك تزويج العبد ، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون
والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي . قال ولا
يكاتب لأنه ليس بتجارة إذ هي مبادلة المال والبذل فيه مقابل بفك
الحجر فلم يكن تجارة إلا أن يميزه المولى ولا دين عليه ،

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أن الإذن يتضمن التجارة ، وهذا ليس بتجارة) معناه
سلمنا أن الإذن لتحصيل المال ، لكن لا مطلقاً بل على وجه يكون من صنيع التجارة
وإنكاح الأمة ليس من ذلك (ولهذا) أي ولكون تزويج الأمة ليس بتجارة (لا يملك
تزويج العبد) لقربته عن تحصيل المال بالكلية ، بل فيه تعذيب العبد وشغل رقبته
بالمهر بلا منفعة (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (الصبي المأذون والمضارب
والشريك شركة عنان والأب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق
ويعلمون تزويج الأمة عند أبي يوسف ، وعندهما لا يملكون تزويجها أيضاً .

قال السفناقي رحمه الله في هذه الرواية نظر ، لأنه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب ،
وكذا ذكره في المبسوط والتممة ومختصر الكافي ، وما ذكر في المكاتب أصح لأنه موافق
لعامة الروايات . قيل يحتمل أن يكون في هذه المسألة روايتان . وقال الامام حسام
الدين الأخصيكي «رح» أو يحمل ما أطلق في المكاتب على ما ذكره هاهنا .

(قال) أي القدوري (ولا يكاتب لانه) أي ولأن عقد الكتابة (ليس بتجارة إذ
هي) أي التجارة (مبادلة المال بالمال والبذل فيه) أي في عقد الكتابة (مقابل بفك
الحجر) وهو ليس بمال وإن كان البذل مالاً (فلم يكن تجارة إلا أن يميزه المولى ولا دين عليه)
أي إلا أن يميز المولى عقد الكتابة والحال أنه لا دين على العبد ، لأن المولى بإجازة عقد
الكتابة يخرج من أن يكون كسباً للمأذون وقيام الدين عليه يمنع من ذلك قل الدين أو
كثر لتعلق حق الغرماء به ، ولهذا لو أخذه من يد المأذون وعليه دين قل أو كثر يمنع

لأن المولى قد ملكه ويصير العبد نائباً عنه ويرجع الحقوق إلى المولى ، لأن الوكيل في الكتابة سفير . قال ولا يعتق على مال لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى ولا يقرض لأنه تبرع محض كالمطالبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض ، وكذا لا يتصدق لأن كل ذلك

منه (لان) على مذهب أبي حنيفة (المولى قد ملكه) أى قد ملك كسب العبد المأذون لانه خالص ملكه يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الإجازة (ويصير العبد نائباً عنه) أى عن المأذون في عقد الكتابة عند الإجازة (ويرجع الحقوق إلى المولى) وهي مطالبة بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق ، إذ حقوق العبد في باب الكتابة لا تتعلق بالوكيل (لان الوكيل في الكتابة سفير) لكونها اسقاطاً فكان قبض البدل إلى من نفذ العتق من جهة ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيراً أولاً إذا عقد العقد لا يحتاج إلى إجازة ، وما هنا ليس كذلك ، ويمكن أن يحاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب .

(قال ولا يعتق على مال ، لانه لا يملك الكتابة ، فالاعتاق أولى) لانه اعتاق في الحال ، وهذا إذا لم يكن يجيز المولى ، أما إذا أجاز له ولا دين على المأذون جاز لانه يملك انشاء العتق عليه ، فيملك الإجازة . وقبض المال إلى المولى دون المأذون ، وأما إذا كان على المأذون دين فأجاز العتق جاز وضمن القيمة للفرماء عندهما ، كما لو أنشأ العتق ولا سبيل للفرماء على العوض ، بخلاف الكتابة ، لان ما يؤديه كسب الحر وحق الفرماء غير متعلق بكسب الحر ، فأما بدل الكتابة فيؤديه في حال الرق فينتقل به حق الفرماء (ولا يقرض لانه) أى لان الاقتراض (تبرع محض كالمطالبة) إذ لو لم يكن كذلك لكان صرفاً بالنسيئة فيكون حراماً ، ولهذا لا يملكه الاب والوصي في مال اليتيم (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض) أما الاول فلأنه تبرع ابتداء . وأما الثاني فلأنه تبرع ابتداء وانتهاء .

(وكذا لا يتصدق) لان الصدقة تبرع محض (لان كل ذلك) أى كل المذكور

تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن
بالتجارة . قال إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من طعامه ،

من الاقراض والهبة والصدقة (تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء) أى في كل حالة الابتداء وحالة
الانتهاء ، وهذا يرجع إلى الاقراض والهبة بغير العوض والصدقة (أو ابتداء) أى أو
تبرع بصريحه في حالة الابتداء ، وهذا يرجع إلى الهبة بعوض (فلا يدخل تحت الإذن
بالتجارة) أى إذا كان الامر كذلك فلا يدخل ما ذكر من الامور تحت الإذن في التجارة ،
لأنها ليست بتجارة .

(قال إلا أن يهدي اليسير من الطعام) هذا استثناء من قوله لا هب ، وقيد الطعام ،
يشير إلى أن هدي غير المأكولات لا يجوز أصلاً ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي ومالك
« رح » لا يملك ذلك أيضاً بغير إذن المولى ، لأنه تبرع بماله فلم يجز كهبه دراهمه ،
وكذا الضيافة اليسيرة عندهما . ولنا أنه ~~يجب~~ كان يجيب دعوة المملوك (أو يضيف من
طعامه) المراد الضيافة اليسيرة ، ولهذا قالوا إن الإهداء اليسير راجع إلى الضيافة . وفي
الذخيرة له أن يتخذ الضيافة اليسيرة دون العظيمة ، لأن اليسيرة من وضع التجار دون
العظيمة . وقال محمد بن سلمة في الحد الفاصل بينها ينظر إلى مقدار مال تجارته فإن كان
عشرة آلاف أو اتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيراً . ولو كان مال تجارته عشرة مثلاً
واتخذ ضيافة بمقدار داتق فذاك يكون كثيراً عرفاً .

وفي الخنثي الأب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملك المأذون من اتخاذ
الضيافة اليسيرة والهدية ويملك التصدق بالفلس والرغيف والفضة بما دون الدرهم ، لأن
ذلك من صنيع التجارة . وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب المأذون الكبير
من الاصل ، قالوا أما قيم الدار وهي الزوجة أو الامة فانها تطعم وتتصدق بالمطعم على
الرسم والعادة من غير سرف وإن لم يأذن لها الزوج والمولى بذلك . وقد روى عن عمر
رضي الله عنه أنه سئل هل يتصدق العبد قال بالرغيف ونحوه . وفي الفتاوى الصغرى
العبد المأذون يملك التبرعات اليسيرة حتى يملك التصدق بما دون الدرهم ولا يملك
التصدق بالدرهم ويملك اتخاذ الضيافة والامر أو ليس هذا بمقدر بدرهم بل بما يعده

لأنه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين ، بخلاف
 المحجور عليه ، لأنه لا إذن له أصلاً ، فكيف يثبت ما هو من
 ضروراته . وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت
 يومه فدعى بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به . بخلاف
 ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به
 المولى . قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء
 اليسير كالرغيف ونحوه

الناس سرفاً ويملك الذى لا يعدونه سرفاً في المأكولات ، حتى لا يملك إلا هذا
 في غير المأكولات .

(لانه) أى لان كلا من الاهداء اليسير والضيافة اليسيرة (من ضرورات التجارة)
 أى من ضرورات الاذن في التجارة ، لان التاجر يحتاج إليه (استجلاباً لقلوب المجاهزين)
 أى لاجل استجلاب قلوب المجاهزين وهو جمع مجاهز بالجيم والزاي المعجمة ، والمجاهز عند
 العامة الغني من التجار ، فكأنه أريد المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر
 المتاع أو يسافر به (بخلاف المحجور عليه ، لانه لا إذن له أصلاً ، فكيف يثبت ما هو
 من ضروراته) أى من ضرورات الاذن .

(وعن أبي يوسف رحمه الله ان المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعى
 بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به ، بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر ، لأنهم لو
 أكلوه قبل الشهر لتضرر به المولى) لانه يحتاج إلى دفع قوت آخر ، فان لم يدفع يضيع
 العبد وكل ذلك ضرر له .

(قالوا) أى المتأخرون من المشايخ (ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها
 بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه) أى ويجوز الرغيف كالفلس وما دون الدرهم كالخميرة
 والبصل والملح ، وكذا الامة في بيت مولاهما تطعم وتتصدق على الرسيم والمعدة بدون
 الاذن صريحاً للمرف والمعدة .

لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة . قال وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لأنه من صنعهم ، وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب ابتداء ، بخلاف ما إذا حط من غير عيب ، لأنه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار . ولا كذلك المحاباة في الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه .

فان قلت روى أبو أمامة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال في خطبته عام حجة الوداع ولا تخرج المرأة من بيت زوجها لا قبل أو لا الطعام ^(١) فقال عليه السلام الطعام أفضل أموالكم . قلت هذا محمول على الطعام المدخر الحنطة ودقيقها ، فأما غير المدخر فإنها تتصدق به على رسم العادة وفيه الإذن دلالة .

(لأن ذلك) أي للتصدق بالشيء اليسير (غير ممنوع عنه في العادة) لأن العادة جرت بذلك من غير إنكار من الزوج والولي .

(قال) أي في الجامع الصغير (وله) أي وللمأذون (أن يحط من الثمن بالعيب) يعني إذا ظهر عيب في المتاع الذي باعه ثم وقع الاتفاق على أن يحط من الثمن شيئاً فإنه يجوز له ولكن (مثل ما يحط التجار لأنه) أي لأن الحط بسبب العيب (من صنعهم) أي من صنع التجار . وعند الثلاثة لا يجوز الحط أصلاً (وربما يكون الحط أنظر له) أي للمأذون أي أكثر نظراً له (من قبول المعيب ابتداء ، بخلاف ما إذا حط من غير عيب لأنه تبرع محض بعد تمام العقد وليس) أي الحط من غير عيب (من صنيع التجار) فلا يجوز .

(ولا كذلك المحاباة في الابتداء) يمكن أن يكون هذا جواباً عن سؤال مقدر تقديره إما أن يقال كيف جوزتم محاباة المأذون مع أن فيها حطاً من الثمن . فأجاب بقوله ولا كذلك بيع المحاباة في ابتداء الأمر (لأنه) أي لأن المأذون (قد يحتاج إليها) أي المحاباة (على ما بيناه) يعني عند قوله ولو حابى في مرض موته من جميع المال إلى قوله

(١) هكذا الحديث في الأصل .

وله أن يؤجل في دين قد وجب له لأنه من عادة التجار . قال وديونه
متعلقة برقبته يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى . وقال زفر والشافعي
« رح » لا يباع ويباع كسبه في دينه بالإجماع .

ولا وارث للعبد (وله) أي وللمأذون (أن يؤجل في دين قد وجب له لأنه من عادة
التجار) لأن التأخير قد يكون له على غير الجلى دين ، ولو لم يمهله وماليه لا يتمكن من
الكسب ، وإن أمهله إياها يتمكن من الكسب فيكون ذلك طريقاً لخروج دينه عادة .

(قال) أي القدوري (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أي يبيعه القاضي بغير
رضى المولى بالاتفاق عند أصعابنا أما عندنا فظاهر ، لأن الحجر على المدينين يحوز عندهما .
وأما عند أبي حنيفة « رح » لا يجوز الحجر على المدينين وجوز هاهنا والمعذر له أنه ليس
في هذا حجراً على المولى ، لأن المولى محجور عن بيعه قبل ذلك ، فانه لو باع العبد المأذون
المدينون بغير رضا الغرماء لا يقدر عليه . فكان هذا بمنزلة التركة المستفرقة بالدين ، فانه
يبيع القاضي التركة على الورثة بغير رضاهم كقضاء الدين ، فكان هذا ولا يكون ذلك
حجراً عليهم ، كذا في الذخيرة قيل معنى قوله يباع الغرماء ما يجبر القاضي المولى على
البيع حتى يستقيم على قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفيه نظر ، لأن رواية الذخيرة
تدل على أن القاضي يبيعه بدون رضى المولى فلا حاجة إلى هذا المعنى ، فافهم (إلا
أن يفديه المولى) فلا يباع حينئذ لحصول المقصود .

(وقال زفر والشافعي « رح » لا يباع) في الدين ويتعلق الدين الفاضل من كسبه
بذمته يؤخذ بعد العتق ، كما لو استقرض بغير إذن سيده وبه قال أحمد يتعلق بذمة المولى
لأنه لزمه بمفاوضة السيد فيجب عليه كالنفقة في النكاح (ويباع كسبه في دينه بالإجماع)
كما في الحر المدين . وقال في الطريقة البرهانية وأجمعوا على أن الرقبة تباع في الدين الإستهلاك .
وقال الإمام علاء الدين العالم في طرفي الطريقة . قال علماؤنا رد قيمة العبد المأذون يباع بدين
التجارة . وقال الشافعي لا يباع ثم قال وعلى هذا الخلاف - ادش - يد العبد وما اكتسبه
العبد من الصيد والخطب والحشيش عندنا يصرف إلى الدين وعنده لا يصرف . وقال الكرخي

لها أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تقويت مال
قد كان له وذلك في تعليق الدين بكسبه ، حتى إذا فضل شيء منه على
الدين يحصل له لا بالرقبة ، بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية
واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن . ولنا أن الواجب في ذمة
العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين
الإستهلاك . والجامع

في مختصره قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ما يلحق المأذون من دين من شراء أو بيع
أو استئجار استأجره أو غصب أو ودیمة أو مضاربة أو بضاعة أو عارية يحدوده شيئاً
من ذلك أو دابة عقرها أو ثوب أحرقه أو مهر اشتراها وطشها فاستحقت فذلك كله لازم
له يباع فيه ، إلا أن تعدية مولاه فان بيع ذلك اقتسم غرامؤه ثمنه بالحصص على قدر
ديونهم بإقرار كان لذلك من العبد أو بيته فأنبت ذلك عليه .

(لها) أي لزفر والشافعي « رح » (أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا
تقويت مال قد كان له) أي ليس غرضه تقويت مال ، لأنه إنما أذن به ليكتب مالاً من
الخارج وليس غرضه أن يباح عند الأجل الدين (وذلك) أي غرض المولى حاصل (في
تعليق الدين بكسبه حتى إذا فضل شيء منه) أي من كسبه (على الدين يحصل له)
أي للمولى (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه يعني غرضه تعلق الدين بكسبه لا
برقبته لما ذكرنا أن فيه تقويت مال قد كان .

(بخلاف دين الاستهلاك) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال إذا استهلك
شيئاً تعلق دينه برقبته تباع فيه ، فهذا كذلك . فأجاب بقوله بخلاف دين الاستهلاك
(لأنه) أي الاستهلاك (نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن) إذ وجوبه
بالجناية ، ولهذا لو كان محجوراً عليه بيع بذلك ، وليس الكلام في ذلك ، وإنما الكلام
فيما يتعلق بالإذن .

(ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته) أي برقبة
العبد (استيفاء) أي لأجل الاستيفاء (كدين الاستهلاك والجامع) يعني دين الاستهلاك

دفع الضرر عن الناس ، وهذا لأن سببه التجارة وهي داخلة
تحت الإذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة
فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول
المبيع في ملكه

وبين الدين الذي ركبه الناس في تصرفاته (دفع الضرر عن الناس) فكما أنه يباع في دين
الإستهلاك دفعاً للضرر ، فكذا يباع في الديون التي ركبه دفعاً للضرر (وهذا) أي دفع
الضرر (لأن سببه) أي لأن سبب هذا الدين (التجارة) لأنه المقروض (وهي) أي
التجارة (داخلة تحت الإذن) بلا خلاف ، فإذا كان داخلاً تحته كان ملتزماً ، فلم يتعلق
برقبته استيفاء مكان إضرار لأن الكسب قد لا يوجد والمعتق كذلك فيؤدي
حقوق الناس .

(ويتعلق الدين برقبته) جواب عن قولها أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال إلى
آخره ، ويبان أن تعلق الدين برقبته (استيفاء حامل على المعاملة) يعني حامل للغير على
أن يعامل معه ، لأن العاملين إذا عملوا ذلك يعاملون معه فتكثر المعاملة ويكثر الربح ،
بخلاف ما إذا لم يكن كذلك ، فإن خوف التوى ينهم عن ذلك (فمن هذا الوجه صلح غرضاً
للمولى) أراد بهذا الوجه هو الذي ذكره من قوله وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على
المعاملة . فإن قيل لا يصلح أن يكون غرضاً لأنه يتضرر به ، والضرر لا يكون غرضاً ،
أجاب بقوله (وينعدم الضرر في حقه) أي في حق المولى (بدخول المبيع في ملكه)
أي في ملك المولى ، وفيه إشكال وهو أن المبيع إن كان باقياً وفيه وفاء بالديون لا
يتحقق بيع العبد ، وإن لم يكن باقياً أو كان وليس فيه وفاء بالديون لم يكن دخوله في
ملكه دافعاً للضرر . وأجيب عنه بأن المراد مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم
ركبته ديون ، فإنه لا يجب على المولى رده إن كان باقياً ولا ضمانه إن لم يكن ، بل يباع
العبد بالدين إن اختار المولى ويكون المبيع جائزاً لما فات من العبد وذكره في المقضي . ولو
أخذ المولى شيئاً من كسبه بلا دين عليه ، ثم لحقه دين لا يجب على المولى رد ما أخذ إن

وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء المقصود المولى ، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة . وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار وضمنان المفصوب والودائع والأمانات إذا جردها

كان قائماً وضمنان إن كان مستهلكاً .

(وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة ، تقريره أن تعلق الدين بالكسب (لا ينافي تعلقه بالرقبة) لأنه لا منافاة بينهما (فيتعلق بهما) أي بالكسب والدين (غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء المقصود المولى) نظراً للجانبين (وعند انعدامه) أي وعند انعدام الكسب (يستوفى من الرقبة) دفعاً للضرر عن الناس .

(وقوله) أي قول صاحب القدوري (في الكتاب) أي مختصر القدوري (ديونه المراد منه دين وجب بالنكاح^(١)) بأن تزوج امرأة ثم وطئها ثم استعقت حيث وجب المهر عليه ولا يظهر ذلك في حق المولى ، لأن وجوبه بالنكاح وهو ليس من التجارة . أما التزوج بإذن المولى يظهر في حقه تباع فيه ، كذا في المبسوط (أو بما هو في معناها) أي أو دين وجب بسبب ما لسبب معه التجارة (كالإجارة على ما يأتي للبيع والشراء^(٢)) نظير دين التجارة (والإجارة والاستئجار وضمنان المفصوب والودائع والأمانات إذا جردها) نظير ما هو في معنى التجارة ، وصورة الدين بالإجارة أن يؤاجر شيئاً ويقبض الأجرة ولم يسلم المستأجر حتى انقضت المدة وجب عليه رد الأجرة .

(١) التجارة — هامش .

(٢) كالبيع والشراء — هامش .

وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى
الشراء فيلحق به . قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة ،
فصار كتعلقها

فان قلت ما معنى ذكر الأمانات بعد الودائع . قلت لأن الأمانة أعم من الوديعة كما
في المضاربة والعارية والشركة والبضاعة ، وهذه الأشياء عند الجحود بها تنقلب غصبا ،
فكان الزمان بهذه الأشياء ضمان غصب ، لأن الأمين يصير غاصباً للأمانة بالجحود .

(وما يجب من العقر) عطف على قوله كالبيع والشراء والإجارة ... إلى آخره ، أي
ورد الذي يجب على المأذون المدين من العقر (بوطء المشتراة بعد الاستحقاق) أي
وكالذي يجب على المأذون من العقر ، ويعوز أن يكون وما يجب مبتدأة ، ويكون قوله
فيلحق به خبره ودخلت الفاء لتضمن المبتدأ معنى الشرط ، أي فيلحق بالمذكور في كونه
ديناً وجب بما هو في معنى التجارة ، فعلى الوجه الأول يكون محل ، وما يجب جراً لأنه
عطف على المحجور فكون الفاء في قوله فيلحق به جواب شرط محذوف ، أي إذا كان
كذلك فيلحق به بأن اشترى جارية فاستحقت ثم وطئها فإنه يجب عليه العقر (لاستناده)
أي لاستناد وجوب العقر (إلى الشراء فيلحق) إذ لولا الشراء لوجب الحد فيضاف وجوب
العقر إلى الشراء فيكون حكمه كحكمه .

بخلاف ما إذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحقت ، لأن وجوب المهر بالنكاح وهو ليس
بتجارة . وكذلك يؤاخذ بضمان عقد الدابة واحتراق الثوب في الحال وتباع رقبته فيه .
وقيل هذا محمول على ما إذا أخذ الدابة أو الثوب أولاً حتى يصير غاصباً بالأخذ ، ثم عقر
الدابة وحرق الثوب . وأما إذا عقرها أو حرقه قبل القبض فينبغي على قول أبي يوسف
أن لا يؤاخذ به في الحال ، وتباع رقبته فيه ، كذا في الذخيرة .

(قال) أي القدوري (ويقسم ثمنه بينهم) يعني إذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين
الفرماء (بالحصص لتعلق حقهم) أي حق الفرماء (بالرقبة) أي برقبة العبد (فصار
كتعلقها) الضمير يرجع إلى الحق ، فإنما أنه باعتبار الحقوق ، لأن لكل غريم حقاً فصار

بالتركة . فإن فضل شيء من ديونه طوب به بعد الحرية
لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به . ولا يباع ثانياً كيلا يمتنع
البيع أو دفعاً للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل
قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة ،

تقديره كمتعلق حقوق الغرماء (بالتركة) أي بتركة الميت ، فإن لم يكن بالثمن وفاء
يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضافت عن إبقاء حقوق الغراء .

(فإن فضل شيء من ديونه) يعني إن بقي شيء من ديون العبد (طوب به بعد الحرية
لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) أي بالفاضل من الدين لا سبيل لهم عليه ، لأنه
صار ملكاً للمشتري والدين ما وجب بأذنه فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانياً) أي لا يباع
العبد ثاني مرة إذا لم يف ثمن المأذون بالدين (كيلا يمتنع البيع) الأول إذ لو علم المشتري
أنه يباع عليه لا يشتريه فيمتنع البيع الأول فيتضرر الغرماء (أو دفعاً للضرر عن
المشتري) لأنه لم يأذن له في التجارة فلم يكن وصياً ببيعه بسبب الدين فله بيع عليه مع
ذلك تضرر به ، ولا يلزم مع لو اشتراه البائع الإذن فإنه لا يباع عليه ثانياً وإن كان راضياً
بالبيع ، لأن الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات . بخلاف دين نفقة المرأة ، فإنه
يباع فيها مرة بعد أخرى ، لأنها تجب شيئاً فشيئاً ، بخلاف المهر فإنه إذا بيع في مهر ولم
يف الثمن لا يباع ثانياً ^(١) بيع في جميع المهر ويطالب بالباقي بعد العتق ، كذا ذكره
الإمام الترمذاشي .

(ويتعلق دينه) أي دين المأذون بسبب التجاره (بكسبه سواء حصل) أي الكسب
(قبل لحوق الدين أو بعده) وهذا إشارة إلى بيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ ،
فالكسب الذي ينزعه المولى عن يده يتعلق به الدين ، سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو
بعده (ويتعلق) أي دين المأذون (بما يقبل من الهبة) أو الصدقة قبل لحوق الدين وبعده ،

(١) هنا كلمة مكشوفة غير مقروءة .

لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ
ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص
له ، وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين

وبه قال الشافعي في الأصح . وقال زفر رحمه الله إلا به وبه قال الشافعي في قول والهبه
للمولى لا حق للفرماء فيها ، لأنها ليست من التجارة وجوب الدين عليه بسبب التجارة
فكانت كسائر أملاك المولى . ألا ترى أنها لو ولدت ثم لحقها دين لا يتعلق بالولد .

(لأن المولى إنما يخلفه) أي إنما يخلف عبد المأذون (في الملك بعد فراغه عن حاجة
العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع ، وكالوارث فإنه لا يملك شيئاً من التركة إلا
بشرط الفراغ من دينه . بخلاف الولد لأنه ليس من كسبها كما أن نفسها ليست من كسبها
فكذا الولد ، لأنه حر متولد من عينها فالحق يتعلق بكسبها ، حتى لو لحق الدين ثم
ولدت يتعلق ، لأن نفسها تباع في الدين ، فكذا ولدها (ولا يتعلق) أي الدين (بما انتزعه
المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له) أي للمولى وهو خلوص ذمة العبد عن
الدين حال أخذ المولى ذلك ، فإنه إذا لم يكن على العبد دين فما أخذه المولى منه يكون
خالص ملكه ويلحق بسائر أموال المولى لاحق لغيره فيه .

فان قلت بشكل بما إذا كان على العبد دين خمسمائة وله ألف واحدة مع المولى ثم لحقه دين
خمسمائة أخرى فإنه يسترد الألف من المولى وإن كان أخذ الخمسمائة قبل لحوق الدين . قلت
كل واحد من الخمسمائة صالح لأداء الدين فيكون أخذ المولى الألف بغير حق فيؤخذ منه ،
وعند الأخذ هنا لا دين عليه .

(وله) أي للمولى (أن يأخذ غلة مثله) أي غلة مثل العبد ، يعني يأخذ من مثله من
الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر ، والغلة ما يحصل من زرع أرض أو كراها أو اجرة
غلام أو نحو ذلك ، يقال أغلت الصنعة فهي مغلة (بعد الدين) أي بعد لزوم الدين عليه
كما كان يأخذها قبل ذلك استحساناً . وفي القياس لا يجوز لأن الدين مقدم على حق المولى
في الكسب . وجه الاستحسان أن في ذلك نفع للفرماء إن حققهم يتعلق بما كسبه ولا

لأنه لو لم يمكنه منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب ، والزيادة على غلة المثل يردّها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم . قال فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه ، لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخير حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ، ويشترط علم أكثر أهل سوقه

يحصل الكسب لابقاء الإذن في التجارة .

(لأنه) أي لأن المولى (لو لم يمكن منه) أي من أخذ الغلة (يحجر عليه) أي على العبد (فلا يحصل الكسب) فيتضرر الغرماء (والزيادة على غلة المثل) أي مثل العبد الغني إذا أخذ منه مالا يكون غلة مثله (يردّها على الغرماء لعدم الضرورة فيها) أي الزيادة ، لأنه لا بعد ذلك من باب تحصيل الغلة (وتقدم حقهم) أي ولتقدم حق الغرماء في تلك الزيادة .

(قال) أي القدوري (وإن حجر عليه) أي على عبد المأذون (لم ينحجر) أي لا يصير محجوراً (حتى يظهر حجره فيما بين أهل سوقه ، لأنه لو انحجر) يعني بمجرد الحجر (لتضرر الناس به لتأخير حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه) لأن العبد إن اكتسب شيئاً أخذه المولى ، وإن لحقه دين أقام البيّنة إنه كان قد حجر عليه فيتاجر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم (وقد بايعوه على رجاء ذلك) أي على رجاء تعلق حقهم برقبته أو كسبه ، فيكون على الإذن إلى أن يعلم حجره .

(ويشترط علم أكثر أهل سوقه) لأن في تبليغ العزل الجميع حرجاً عظيماً ليس في وسع المولى ، والتكليف بحسب الوسع . وقال الشافعي يصلح الحجر بغير علم العبد وأهل السوق كما في عزل الوكيل ، لأن الإذن عنه نيابة كالوكالة ، وبه قال مالك وأحمد رحم ، وفي الذخيرة اشتراط علم أكثر أهل السوق بحجره في الحجر القصدي ، أما لو ثبت الحجر ضمناً لا يشترط علمهم ولا علم واحد منهم ، حتى لو باع المولى العبد المأذون ينحجر ضمناً لصحة البيع لزوال ملكه كالعزل الحكمي في الوكيل .

حتى لو خجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر . ولو بايعوه جاز ، وإن بايعه النبي علم بحجره . ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر ، والمعتبر شيوع الحجر واشتباره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل ، كما في تبليغ الرسالة من الرسل «عم» ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل ، وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به ، وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً ،

(حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه) أي والحال أنه ليس في السوق (إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز) لأنه غير محجور عليه (وإن بايعه النبي علم بحجره) أن هذه للوصل ، لأن صحة الحجر التشهير ولم يوجد ، إذا المشروط لا يثبت بدون شرطه ، لأن الحجر ضد الإذن ، فكما أن الإذن لا يقبل التخصيص فكذا الحجر ، بخلاف خطاب الشرع إذا علم بحجر واحد حيث لا يقدر في تركه لأنه حكمه يثبت في حق من علم به ويقبل التخصيص .

(ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر ، والمعتبر شيوع الحجر واشتباره فيقام ذلك) أو الشيوع والاشتهار (مقام الظهور) أي في ظهور الحجر (عند الكل) دفعاً للخرج (كما في تبليغ الرسالة من الرسل صلوات الله وسلامه عليهم) فإن الشيوع والاشتهار فيها ، فيقام مقام الظهور عند جميع الناس ، فلذلك لزم الكل الايمان بهم ، والامتثال بأوامرهم (ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل) إذا عزل يبقى على وكالته (إذا لم يعلم بالعزل) لأن في انزاله قبل العلم ضرراً فاحشاً (وهذا) أي بقاءه على الإذن إلى العلم بالعزل (لأنه يتضرر به) أي لأن العبد يتضرر بالعزل المذكور (حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به) أي العبد ماضى بلزوم الدين عليه (وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً) لئلا

أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر ،
لأنه لا ضرر فيه . قال ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب
مرتداً صار المأذون محجوراً عليه ، لأن الإذن غير لازم ، وما لا
يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء ، هذا هو
الأصل فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم
بالموت والجنون ، وكذا باللعوق لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله
بين ورثته . قال وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه . وقال الشافعي
يبقى مأذوناً ،

يتضرر لما قلنا (أما إذا لم يعلم به) أي بالإذن (إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه) أي ثم
حجر المولى عليه حجراً متلبساً بعلم من العبد (ينحجر لأنه لا ضرر فيه) .
(قال) أي القدوري (ولو مات المولى أو جن) المراد الجنون المطبق ، حق إذا لم
يكن مطلقاً بأن يحن ويفيق لا ينحجر . واختلفوا في المطبق فقال محمد مأذون الشهر غير
مطبق ، وشهراً فصاعداً مطبق ، ثم رجع وقال مأذون السنة غير مطبق ، وما فوقهما
مطبق . وعن أبي يوسف أكثر السنة فصاعداً مطبق ، وما دونه لا (أو لحق بدار الحرب
مرتداً صار المأذون محجوراً عليه ، لأن الإذن غير لازم) ولهذا يملك المولى إبطاله (وما
لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء) وفي الابتداء اشتراط أهلية
المولى للإذن ، فكذا في البقاء ثم بهذه الأشياء تنعدم الأهلية فكان محجوراً (هذا هو
الأصل) أشار به إلى قوله وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء
(فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي) أي أهلية الإذن (تنعدم بالموت
والجنون ، وكذا باللعوق ، لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته) فلا يقسم المال
بين الورثة إلا بموت المورث إما حقيقة أو حكماً .

(قال) أي القدوري (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه . وقال الشافعي يبقى مأذوناً)

لأن الإباق لا ينافي إبتداء الإذن ، فكذا لا ينافي البقاء
وصار كالغاصب . ولنا أن الإباق حجر دلالة لأنه إنما يرضى
بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه ، بخلاف
إبتداء الإذن ، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها .
وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر . قال وإذا
ولدت المأذون لها من مولاهما فذلك حجر عليها

فلا ينحجر . وقال مالك وأحمد وهو قول زفر « رح » أيضاً ذكره في المبسوط
(لأن الإباق لا ينافي إبتداء الإذن) حتى لو أذن الأبق يجوز لأن الإذن باعتبار ملكه ،
ولا يختل ذلك بالإباق (فكذا لا ينافي البقاء) يعني يبقى إذنه بعد إباقه (وصار كالغاصب)
يعني إن المولى لو أذن للعبد المتصوب يصح ، ولو غصب العبد المأذون لا يبطل
الإذن ، كذلك هاهنا .

(ولنا أن الإباق حجر دلالة) لأن الإذن مقيد دلالة بشرط قدرة المولى على قضاء
ديونه من كسبه ، وهو معنى قوله (لأنه) أي لأن المولى (إنما يرضى بكونه مأذوناً على
وجه يتمكن من تقضية دينه) أي دين العبد (بكسبه) لو لحقه الدين ، ولما أبق لا
يتمكن من ذلك لجواز إتلاف العبد الاكتساب عند وجود التصريح .

(بخلاف إبتداء الإذن ، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أي
الحجر يكون هنا دلالة ، ولا اعتبار للدلالة عند التصريح بخلافها (وبخلاف الغصب ،
لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر) باستدعاء القاضي أو السلطان عليه ، حتى لو لم
يمكن الانتزاع من يده بأمر جعد الغاصب ولا بينة لا يصح إبتداء الإذن ولا يقاؤه ،
ذكره في النخبة . وإن عادي من الإباق هل يعود الإذن ، لم يذكره محمد « رح » ،
والصحيح أنه لا يعود .

(قال) أي القدوري (وإذا ولدت المأذون لها من مولاهما فذلك حجر عليها) أي

خلافاً لزفر « روح » وهو يعتبر البقاء بالابتداء . ولنا أن الظاهر أنه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة ، بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض على الدلالة ، ويضمن المولى قيمتها إن ركبته ديون لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء ، إذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم . قال وإذا استدان المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر ،
إذ العادة ما جرت بتحسين

الاستيلادحجر على الأمة . قال المحبوبي تأويل المسألة إذا استولدها من غير تصريح الإذن ، حتى لو قال بعد الاستيلاد لا أزيد الحجر عليها لا تنحجر (خلافاً لزفر ، هو يعتبر البقاء بالابتداء) يعني زفر يعتبر البقاء بالابتداء ، أو يعني إذا أذن لأم الولد ابتداء يجوز ، فكذا إذا صارت الأمة أم ولد وهو القياس ، وهو قول الثلاثة أيضاً .
(ولنا أن الظاهر انه يحصنها) أي أن المولى يحصن الأمة (بعد الولادة) فلا يريد خروجها واختلاطها بالناس (فيكون دلالة الحجر عادة) أي فيكون تحصن إياها دلالة الحجر عليها من حيث العادة ودلالة العادة معتبر عند عدم الصريح ، بخلاف ما ترى أن تقدم المائدة بين يدي إنسان يجعل إذناً في تناول عرفاً وعادة . قال فأما إذا قال بعد التقديم لا تأكل لم يكن ذلك إذناً ، كذا في المبسوط (بخلاف الابتداء ، لأن الصريح قاض على الدلالة) يعني بخلاف ما إذا أذن لأم الولد ابتداء حيث يجوز ، لأنه صريح فلا اعتبار للدلالة عندنا .

(ويضمن المولى قيمتها إن ركبته ديون لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء إذ به) أي بالاستيلاد (يمتنع البيع ، وبه) أي وبالبيع (يقضى حقهم) أي حق الغرماء .
(قال) أي القدوري ومحمد في الجامع الصغير (وإذا استدان المأذون لها أكثر من قيمتها) قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليها (فدبرها المولى فهو مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر ، إذ العادة ما جرت بتحسين

المدبرة ولا منافاة بين حكميهما أيضاً ، والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد . قال فإذا حجر على المأذون فأقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة «رح» ، ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد «رح» لا يجوز إقراره . لهما أن المصحح لإقراره إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر ،

المدبرة ولا منافاة بين حكميهما أيضاً) أي حكم الإذن والتدبير ، لأن بالتدبير يثبت حق العتق وإن كان حق العتق لا يؤثر في مكان الحجر عليه (والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد) أشار به إلى قوله لا تلافه علا تعلق به حق الغرماء .

(قال) أي القدوري (فإذا حجر على المأذون فأقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة «رح») يعني إقراره لغير مولاه بما في يده ، لأنه لو أقر باستهلاك رقبته لا يجوز بالاجماع ، حتى إذا لم يف ما في يده لاتباع رقبته بالاجماع ولا فيما انتزعه المولى من يده قبل الحجر ، وكذا لو كان دينه وقت الإذن مستغرقاً لما في يده فأقر بعد حجره بدين آخر لا يصدق بالاجماع . وكذا لو كان الحجر عليه بسبب بيع المولى ثم أقر في يد المشتري بدين عليه لا يصدق بالاجماع . وكذا لو كان في يد كسبه عيب بالاحتطاب والاصطياد ونحوهما مما هو ليس بتجارة لا يصدق بالاجماع (ومعناه) أي معنى قول القدوري فأقراره جائز (أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضي مما في يده) إنما فسر بهذا التفسير لأن مطلق الإقرار بما في يده أي أقيم منه المصوب والديون لا الأمانات ، فلهذا أقدم ذكر الأمانة تبين أن المراد منه التفهم . قوله فيقضي مما في يده ، أي يقضى المقر له من الذي في يده .

(وقال أبو يوسف ومحمد «رح» لا يجوز إقراره) وبه قالت الثلاثة ، ويؤخذ به بعد العتق وما في يده لمولاه (لهما أن المصحح لإقراره إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر ،

وإن كان اليد فالحجر أبطلها ، لأن يد المحجور غير معتبرة . وصار
كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع
من غيره ، ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر . وله أن
المصحح هو اليد ، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من
يده ، واليد باقية حقيقة ، وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن
حاجته وإقراره دليل تحققها ،

وإن كان اليد فالحجر أبطلها (أي اليد) لأن يد المحجور غير معتبرة (شرعاً .
فإن قيل لا نسلم أن يده غير معتبرة فإنها لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها
والمسألة في المبسوط . ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كتوب ألقته الريح في حجر
رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء . أوجب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الوديعة
كسب العبد ، أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه ، وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم
بأنه كسب العبد .

(وصار كما إذا أخذ للمولى كسبه من يده قبل إقراره) أي حكم إقراره بما في يده
لغير المولى ، كما إذا أخذ المولى ... إلى آخره حيث لا يسمع إقراره فيه بالاتفاق (أو
ثبت حجره بالبيع من غيره) أي أو صار كما إذا ثبت حجر العبد يبيعه مولاه من غيره
فإنه لا يصح إقراره أيضاً (ولهذا) توضيح لما قبله (لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد
الحجر) يعني إذا أقر بعد الحجر بئال لا يصح هذا الإقرار في حق الرقبة ، حتى
لا يباع به بالاتفاق .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن المصحح) لإقراره (هو اليد ، ولهذا لا يصح إقرار
المأذون فيما أخذه المولى من يده) لزوال المصحح (واليد) أي يد العبد (باقية حقيقة)
وهو ظاهر ، لأن الكلام في الإقرار بما في يده (وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن
حاجته) أي شرط بطلان اليد بالحجر من حيث الحكم فراغ اليد عن حاجته (وإقراره
دليل تحققها) أي تحقق الحاجة .

بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار ، لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكماً ، فلا تبطل بإقراره ، وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه . وهذا بخلاف ما إذا باعه ، لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف ، فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ،

ولقائل أن يقول دليل تحقق الحاجة مطلقاً أو عند صحته ، والأول ممنوع ، الثاني مسلم ، ولكن صحة هذا الإقرار في خير النزاع فلا يصح أخذ في الدليل . والجواب أن مطلقه دليل تحقيقها حلالاً للمقر على الصلاح .

فإن قيل لو كانت إقراره دليل تحقيقها يصح بما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار . أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكماً . أما حقيقة فلأن الكلام فيما انتزعه من يده ، وأما حكماً فلأن النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده بإقراره ، لأنه أقر بما ليس في يده أصلاً وهو باطل .

(بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار) هذا وما بعده إشارة إلى جواب عما استشهد أبو يوسف ومحمد « رح » به من المسائل الاتفاقية (لأن يد المولى ثابتة حقيقة) وهو ظاهر ، لأنه في يده وهو ملكه (وحكماً) وهو أنه قبضه قبل ظهور الدين (فلا تبطل) أي يد المولى (بإقراره) أي بإقرار العبد (وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه) أي من غير رضى المولى إذ لا يد للعبد في رقبته بعد الحجر (وهذا) أي ما ذكرنا من الحكم (بخلاف ما إذا باعه) أي باع المأذون وفي يده كسب فأقر فانه

لا يصح (لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك) أي لأنه صار كعبد آخر لتجدد الملك ، فصار بمنزلة شخص آخر يحكم بتبدل الملك (على ما عرف) إشارة إلى حديث بريرة رضي الله عنها فهو لها صدقة ولنا هدية ، فإن الحكم فيه تبدل بتبدل الملك على ما عرف في موضعه (فلا يبقى) أي إذا كان الأمر كذلك لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه (ما ثبت بحكم الملك) أي ما ثبت

ولهذا لم يكن خصماً فيما باشره قبل البيع . قال وإذا لزمته ديون
تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ، ولو أعتق من كسبه
عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة « رح » . وقال يملك ما في يده ويعتق
وعليه قيمته . لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ،
ولهذا يملك اعتاقه

له من حكم الاذن الذي كان ثابتاً عليه للمولى بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما
في يده بعد البيع لعدم إبقاء الاذن .

(ولهذا) توضيح لتبديل العبد بتبديل الملك (لم يكن) للعبد (خصماً فيما باشره قبل
البيع) أي لم يكن خصماً في حقوق عقد باشره عند الأول قبل بيعه من التسلم والتسليم والرد
بالعيب ، وإن كان خصماً فيها بعد الحجر قبل البيع ، وعلى هذا إذا حجر المأذون وفي
يده ألف فأقر بعدما أذن له ثابتاً بألف لا يلزمه في الاذن الأول قضى من ذلك الألف
عنده ، وعندهما هذا الألف للمولى ويصح هذا الاقرار فيؤمر المولى بقضاء دين أو يباع .
وفي الاسرار وعلى هذا الخلاف إذا حجر الصبي المأذون وفي يده كسب فيقر به يصح
عنده خلافاً لها .

(قال) أي القدوري (وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده)
بأن كان قيمته ألفاً فاشترى عبداً يساوي ألفاً وعليه ألفا درهم ، قيد بقوله تحيط بماله
ورقبته ، لانه إذا لم يحط بشيء من ذلك يملك المولى ما في يده وينفذ عتقه بالاجماع على
ما يجيء في الكتاب وإذا أحاط بماله دون رقبته لم يذكره في الكتاب . ونقل بعض
الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز .

(ولو أعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة . وقال يملك ما في يده ويعتق) أي
قال أبو يوسف ومحمد « رح » يملك المولى ما في يده وينفذ عتقه ، وبه قالت الثلاثة (وعليه
قيمه) أي على المولى قيمة العبد الغرماء لتعلق حقهم به (لأنه وجد سبب الملك في
كسبه ، وهو) أي سبب الملك في الكسب (ملك رقبته) لأن ملك الأصل علة ملك
الفرع (ولهذا) أي ولأجل وجود سبب الملك (يملك) المولى (اعتاقها) أي الرقبة .

ووطء الجارية المأذون لها ، وهذا آية كماله . بخلاف الوارث لانه
يثبت الملك له نظراً للمورث ، والنظر في ضده عند إحاطة الدين
بتركته ، أما ملك المولى ما ثبت نظراً للعبد . وله أن الملك
للمولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته
كملك الوارث على

وفي بعض النسخ اعتاقه ، أي العبد المأذون (ووطء الجارية المأذون لها) بالنصب ، أي
ويعلك وطاء الجارية التي أذن لها . ألا ترى أن المولى إذا وطئ جارية عبده المأذون
فجاءت بولد فادعاه يثبت نسبه ، وإن كان عليه دين يحيط بالإجماع ولا يغرم عقرها ، ولو
لم يملك ينبغي أن يغرم عقرها (وهذا) أي نفوذ اعتاقه وحل وطئه (آية كاله) أي
علامة كمال الملك ، لأن الوطاء لا يكون إلا في الملك الكامل ، وكذلك العتق .

(بخلاف الوارث) جواب عما يقال سلمنا ذلك ، لكن المانع متحقق وهو إحاطة
الدين ، فانها تمنع عن ذلك كما في التركة إذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث .
فأجاب بقوله بخلاف الوارث إذا أعتق عبداً من التركة وهي مشغولة كلها بالدين حيث
لا ينفذ (لأنه يثبت الملك له نظراً للمورث) بإيصال ماله إلى أقرب الناس إليه ، ولهذا
يقدم الأقرب فالأقرب ، ولا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركته ، بل الرعاية
(والنظر في ضده) أي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو عدم ثبوت الملك له (عند
إحاطة الدين بتركته) وذلك لأن قضاء الدين فرض عليه وهو حائل بينه وبين ربه ،
والميراث بأصله . وإذا كان سبب الملك النظر وقد فات فإن الملك ولا عتق في غير الملك
(أما ملك المولى ما ثبت نظراً للعبد) حتى يراعى ذلك بعدم العتق ، حتى يقضى دينه .

(وله) أي ولأبي حنيفة (لأن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن
حاجة العبد) لأنه متصرف لنفسه وقضيته أن يقع الكسب له وقوعه للمولى على سبيل
الخلاف عنه ، فكان من شرطه فراغه عن حاجته ، ولهذا لو امتنع عن الإنفاق على عهده
أمر بالاكسباب والإنفاق على نفسه ورد ما فضل من حاجته إلى سيده (كملك الوارث على

ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يحلفه فيه . وإذا
عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريسته . وإذا نفذ عندهما
يضمن قيمته للفرماء لتعلق حقهم به . قال وإن لم يكن
الدين محيطاً بماله جاز عتقه في قولهم جميعاً ، أما عندهما
فظاهر ، وكذا

ما قررناه (يعني في مسألة تعلق الدين بكسبه في قوله ويتعلق الدين بكسبه) والمحيط به
الدين مشغول بها (يعني الذي المال أحاط به الدين مشغول بالحاجة) فلا يحلفه فيه (أي
فلا يحلف المولى العبد في المحيط به الدين ، يعني كما أن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك
الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى ، لأن الخلافة
في الموضعين لانعدام أهلية الملك في المال ، فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق ، لأن
المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينفيان ذلك ، بل منافاة الموت أظهر .
والميت جعل كالملك حكماً لقيام حاجته إلى قضاء ديونه فكذلك الرقيق .

(وإذا عرف ثبوت الملك) عندهما (وعدمه) أي عدم ثبوت الملك عنده عرف
العتيق وعدمه لكونه من فرعه ، أشار إليه بقوله (فالعتق فريسته) أي فريضة الملك ،
فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ، ومن لم يقل به أبطله . وكذا لو قال هذا ابني يثبت
نسبه إن كان مجهول النسب عندهما ويعتق ، وعنده لا يثبت ولا يعتق . وكذا لو قتل
عبد المأذون يفرم قيمته في ثلاث فإن عنده لأنه لم يملكه فصار كقتل عبد لأجنبي فكان
ضمان جنابة وعندها يفرم قيمته للعمال ، لأنه لو قتل بعد أو تعلق به حق الفرماء فيضمن حقهم
للعمال ، والفريضة بضم الفاء تصغير فرعه ، أشار بهذه البيضة إلى القلة ، بينها على أن ثبوت
الملك له فزرع كثيره وإن العتق فلا يسر منه فافهم . (وإذا نفذ) أي العتق (عندهما)
أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » (يضمن قيمته للفرماء) أي يضمن المولى قيمة العبد
للفرماء (لتعلق حقهم به) أي بالعبد .

(قال وإن لم يكن الدين محيطاً بماله جاز عتقه) أي عتق المولى عبده والمأذون
(في قولهم جميعاً ، أما عندهما فظاهر) لأن المولى عندهما يملك يده على ما مر (وكذا

عنده لأنه لا يعرى عن قليله ، فلو جعل مانعاً لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ، ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه . قال وإن باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه . وإن باعه بنقصان لم يحز لأنه متهم في حقه . بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة « رح »

عنده) أي وكذا يعتق عند أبي حنيفة (لأنه لا يعرى عن قليله) أي عن قليل الدين (فلو جعل) أي قليل الدين (مانعاً) هو ملك المولى ما في يد المأذون (لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن) وهو الانتفاع بكسبه (ولهذا) أي ولأجل ذلك (لا يمنع) أي قليل الدين (ملك الوارث) إذا كان على الميت قليل من الدين (والمستغرق يمنعه) أي الدين المستغرق للتركة يمنع ملك الوارث ، لأن حقهم بعد وفاء الدين وهو حق الميت فيقدم ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » في رواية . وقال في قول وأحمد « رح » في رواية لا يمنع استغراق التركة بالدين ملك الوارث ، وبه قال مالك . وذكر في المحيط أن هذا قول أبي حنيفة الأول على ما سيحيى إن شاء الله تعالى .

(قال) أي القدوري (وإن باع) أي العبد المأذون الذي لزمته الديون (من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز ، لأنه كالأجنبي عن كسبه) أي لأن المولى كالأجنبي عن كسب العبد المأذون المديون (إذا كان عليه دين يحيط بكسبه) وهذا لو أتلف المولى ماله وأعتقه يضمن ، وعليه قيمته ، وهذا القيد يقيد أنه إذا لم يكن عليه دين لا يحوز بيعه من المولى شيئاً ولا يبيع المولى منه شيئاً حتى لا يثبت فيه الشفعة .

(وإن باعه بنقصان لم يحز) أي عند أبي حنيفة « رح » سواء كان النقصان يسيراً أو فاحشاً وعندهما يحوز ويحبر المولى على ما يحيى (لأنه) أي لأن العبد (متهم في حقه) أي في حق المولى بميله إليه عادة (بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة) حيث

لأنه لا تهمة فيه ، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده

يجوز مطلقاً (لأنه لا تهمة فيه) أي فيما إذا حابى الاجنبي . فان قلت قد تكون التهمة فيه موجودة . قلت هو موهوم ، لان مجرد الاحتمال لا يعتبر ، وإنما المعتبر هو الاحتمال الناشئ عن الدليل .

(وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) يروى بالواو وبدونها . قال السفناقي هذا متعلق بأول المسألة وهو قوله وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح ، لأنه معطوف بلا معطوف عليه ، بل المناسب لذلك عدم الواو . وقال ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا جاز الاجنبي ، أي أنه يجوز في كل حال ، أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة ، أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة في كل حال من هذه الاحوال ، وهذا الوجه ، ولكن النسخة بالواو وباباء قبل ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى ، لان المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقاً ، ولا يرجع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالاً عليه ، حتى يحتاج إلى الجواب . والظاهر عدم الواو يجعله متعلقاً بأول المسألة . وفي الكلام تعقيد وتقدير كلامه هكذا .

وإن باع من المولى شيئاً بمثل القيمة جاز ، لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده ... إلى آخره ، ثم يذكر بعد ذلك قوله وإن باع المريض بنقصان لم يحز ... إلى آخره . قلت الأوجه ما ذكره تاج الشريعة أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض نقص على أصل المسألة ، وهو أن بيع المأذون من المولى بمثل القيمة جائز . ولو باع المريض من الوارث بمثل القيمة لا يجوز . قلت ينبغي أن يأتي بالمسألة بلا واو ، لأنه أول مسألة تورد نقصاً على مسألة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الاجنبي ، لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يحز ، ومع الاجنبي جاز ، وإنما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقص على بيع

لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته ، أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا . وقالوا إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة ، وإن شاء نقض البيع . وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء . ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر من الغرماء ، وبهذا يندفع الضرر عنهم ، وهذا

المريض من الأجنبي بالمحاباة ، فأدخل الواو فدفع هذا الوهم .
(لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه) أي بعين مال الميت (حتى كان لأحدهم الاستخلاص من الغرماء بأداء قيمته) إلى الغرماء (أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا) أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث .
(قالوا) أبو يوسف ومحمد (إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة) بإيصال الثمن إلى تمام القيمة (وإن شاء نقض البيع) وتخصيصها بالحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ ، قيل والصحيح أنه قول الكل ، لأن المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع ، فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمرضى المديون في تصرفه مع الأجنبي (وعلى المذهبين) أي مذهب أبي حنيفة ومذهب صاحبيه وهذا اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحاباة باليسير والكثير ، فإن على مذهب أبي حنيفة (اليسير من المحاباة والفاحش سواء) حتى إذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لا يجوز ، فلا تخيير ، وعلى مذهبهما يجوز ، ولكن خير المولى بين تميم القيمة أو نقص البيع .

(ووجه ذلك) أو وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (لدفع الضرر من الغرماء ، وبهذا) أي بالتخيير (يندفع الضرر عنهم) أي عن الغرماء

(١) هنا كلمة غير واضحة ورسها نضر .

بمخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة ، حيث يجوز ،
ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر به ، لأن البيع باليسير
منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه
تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها .
وبمخلاف ما إذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز
أصلاً عندهما ، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة ، لأن المحاباة
لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن بالمحاباة في
البيع مع الاجنبي ، وهو إذن بمباشرة بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق
الغرماء ، وهذا أن الفرقان على أصلهما

(وهذا) أي الذي ذكرنا من الجواز والتخيير (بمخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة
اليسيرة ، حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر به ، لأن البيع باليسير منها)
أي من المحاباة ، هكذا هو في كتاب تاج الشريعة . وفي بقية الشروح منها ، أي من
المولى والاجنبي (متردد بين التبرع والبيع) أما التبرع فلخو البيع عن الثمن في قدر المحاباة ،
وأما البيع (لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه) أي اعتبرنا حكم هذا العقد (تبرعاً في البيع
مع المولى للتهمة غير تبرع) أي حال كونه (في حق الاجنبي لانعدامها) أي لانعدام التهمة .
(وبمخلاف ما إذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلاً ،
ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة ، لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون له لا يجوز
على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن بالمحاباة في البيع مع الاجنبي وهو إذن) أي
المولى إذن وهو فاعل من الاذن (بمباشرة بنفسه ، غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء)
وذلك لاجل الضرر (وهذا أن الفرقان على أصلهما) أي الفرق بين المولى والاجنبي في
حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر الاول بإزالتها دون الاجنبي ، والفرق بينها في الكثير
حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي أصلاً ، ويجوز مع المولى . ويؤمر بإزالتها في بعض النسخ ،

قال وإن باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع ، لأن المولى
أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا
البيع ، ولأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه
ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن
وصحة التصرف تتبع الفائدة ، فإن سلم إليه قبل قبض الثمن بطل
الثمن ، لأن حق

وهذا الفرقان بلفظ الأفراد على وزن فعلا ن بضم كغفران مصدر بمعنى الفرق ، فتكون
النون مرفوعة . وعلى الوجه الأول النون مكسورة لأنها نون التثنية فتكسر على ما عرف
قال في النهاية والأول أصح لوجود هذين العرفين على قولهما ، وكونه مثبتاً في النسخ
المصححة ، وإنما قال على أصلهما لأن أبا حنيفة لم يحوزها ، والبيع من المولى إلا بالغبن اليسير
ولا بالفاحش لا يحتاج إلى هذا من الفريقين ، وإنما يحتاج في فرق واحد بين البيع من
الأجنبي بالغش الفاحش حيث جاز عنده ، وبين البيع من المولى حيث لا يحوز ، والفرق
ما ذكر في الكتاب .

(قال) أي القدوري (وإن باعه المولى) أي إن باع المولى من عبد المأذون المديون
المستغرق (شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) بالإجماع (لأن المولى أجنبي عن كسبه
إذا كان عليه دين على ما بيناه) في هذا الكتاب (ولا تهمة في هذا البيع ، ولأنه مفيد ،
فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه) أي في كسبه (ويتمكن المولى من أخذ
الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة) أراد جواز
البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فإنه يخرج من كسب العبد إلى ملك المولى ما كان المولى
ممنوعاً منه قبل ذلك لحق الغرماء ، ويدخل في كسب العبد ما لم يمكن تعلق به حق ،
وهذا الذي ذكره جميعه يمضي على قول الكل غير قوله ، لأن المولى أجنبي عن كسبه ،
فإن عندهما غير أجنبي على ما عرف

(فإن سلم) المبيع (إليه) أي إلى العبد (قبل قبض الثمن بطل الثمن ، لأن حق

المولى في العين من حيث الجنس ، فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ، ولا يستوجب المولى على عبده ، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً ، لأنه يتعين ، وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين . قال وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز ، لأن البائع له حق الحبس في المبيع ، ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء ، وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين .

(المولى) ثابت (في العين من حيث الجنس) لعدم تعلق حقه بإزالة العين بعد البيع ، والثابت في العين من حيث الجنس سقط بالتسلم فحق المولى سقط به (فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين) لكونه في مقابلة العين (ولا يستوجب المولى على عبده) أي لا يستحق المولى ديناً على عبده ، حتى لو أ تلف شيئاً من ماله لم يضمن . وفي المبسوط هذا ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف هذا إذا استهلك العبد المقبوض ، فإن كان قائماً في يده للمولى أن يسترده حتى يستوفي الثمن من العبد .

(بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً لأنه يتعين) أي حينئذ المولى أحق بذلك الثمن من الغرماء ، لأنه بالمقد ملك العرض بعينه (وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين) وهو في يد عبده وهو أحق من الغرماء ، كما لو غصب العبد شيئاً من ماله أو أودع ماله عند عبده . (قال وإن أمسكه في يده) أي إن حبس المولى المولى البيع (حتى يستوفي الثمن جاز ، لأن البائع له حق الحبس في المبيع ، ولهذا) أي ولأجل ذلك (كان أخص به من سائر الغرماء) إذا كان المبيع قائماً في يده ، وفائدة كونه أخص أنه إذا مات المشتري قبل أداء الثمن يكون البائع أولى بالمبيع من غيره ، كالرهن في يد المرتهن إذا مات الراهن يكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء (وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين) هذا جواب عما يقال أنتم قلتم أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً فقد استوجب ديناً في ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله .

وتقرير الجواب أن يقال يجوز أن يكون للمولى حق في الدين إذا تعلق بالعين

ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو ينقض البيع كما بينا في جانب العبد ، لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء . قال وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز ، لأن ملكه فيه باق ، والمولى ضامن بقيمته للغرماء ، لأنه ألتف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق ، لأن الدين في ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما ألتف ضمناً فبقي الباقي عليه كما

كالمكاتب ، فإن المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته ، وهذا لأن المبيع قبل التسليم يزيل العين عند ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن ، فإذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي ، وبالدين من حيث تعلقه بالعين . (ولو باعه) أي ولو باع المولى من عبد المأذون شيئاً (بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة) سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة (أو ينقض البيع كما بينا في جانب العبد ، لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء) أشار بقوله كما بينا إلى قوله ويخير المولى بإزالة المحاباة إلى آخره ، فالمصنف أطلق لفظ المحاباة بينها من غير ذكر خلاف هذا دفع في اختيار صاحب المبسوط من الأصح . وأما على رواية مبسوط شيخ الاسلام هذا البيع لا يجوز أصلاً عند أبي حنيفة « رح » فلا يرد التخيير عنده ، وعندهما يجوز البيع مع التخيير . وفي الكافي ولا يحتمل أن يكون المبيع فاسداً عند أبي حنيفة على قول بعض المشايخ كما في الفصل الاول .

(قال) أي القدوري (وإذا أعتق المولى العبد المأذون وعليه ديون فعتقه جائز) أي والحال أن عليه ديون لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو إتلاف المال فعتقه ، أي إتلافه جائز ، ولا نعلم فيه خلاف (لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن بقيمته للغرماء ، لأنه ألتف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه) أي من جهة بيع العبد ومن جهة استيفاء الديون من ثمن العبد ، فإذا كان كذلك فإنه يضمن قيمته بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين ، أو لم يعلم به (وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق ، لأن الدين في ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما ألتف ضمناً فبقي الباقي عليه كما

كان ، فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير ، لان حقهم بقدره .
بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما ، وقد ركبتهما
ديون ، لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع ، فلم
يكن المولى متلفاً حقهم فلا يضمن شيئاً . قال فإن باعه المولى وعليه
دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه ، فإن شاء الغرماء ضمنوا
البائع قيمته ، وإن شاموا ضمنوا المشتري ،

كان) انتصاب ضماناً على التمييز ، أي من حيث الضمان (فان كان) أي الدين (أقل من
قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره) أي لان حق الغرماء بقدر الدين .

(بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون) حيث لا ضمان
عليه (لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع) أي من حيث استيفاء الدين
برأسه البيع ، لانها لا يقبلان النقل من ملك إلى ملك (فلم يكن المولى متلفاً حقهم
فلا يضمن شيئاً) .

(قال) أي في الجامع الصغير (فان باعه المولى) أي فان باع المولى للعبد المأذون له
بشئ لا يفي بديون الغرماء بدون إذنهم (وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه)
أي والحال أن المأذون عليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه (قيد بقوله وغيبه
لان الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم أن يطلوا البيع ، إلا أن يقضي المولى ديونهم ،
فاذا لم يقدروا على العبد (فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته ، وإن شأوا ضمنوا
المشتري) هذا الخيار إن كان الثمن أقل من القيمة ، أما إذا كان كثيراً أو مساوياً فلا
خيار لهم ، وهذا الضمان أيضاً إذا كان البيع بغير إذن القاضي وبغير إذن الغرماء
والدين حال والضمن لا يفي بديونهم ، حتى لو باعه بإذنهم أو بأذن القاضي أو الدين
مؤجل أو بقي الثمن بديونهم لا ضمان على المولى في هذه الوجوه .

فان قلت حق الغرماء لحق المرتن ، وذلك يمنع الراهن من البيع سواء كان الدين

لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب ، فيخبرون في التضمنين، وإن شاموا أجازوا البيع وأخذوا الثمن ، لان الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق

حالا أو مؤجلا . قلت ليس كذلك إذ للمرتهن في الرهن ملك اليد وذلك قائم مقام التأصل في الدين ، وبه يعجز الراهن عن التسليم وليس للغرماء حق ملك اليد في المأذون ولا في كسبه ، وإنما لهم عن المطالبة بقضاء الدين وذلك متأخر إلى حلول الأجل .

فان قلت لم يجب على المالي الضمان بالبيع ، لأن حقهم في ذلك ، والمولى دفع المؤنة عنهم فصار كالوصى إذا باع التركة بغير إذن الغرماء ما ليس لهم أن يضمنوه . قلت حق الغرماء في بيع التركة لا غير . أما ما هنا ليس لهم أن يبيعوه لجواز أن لا يصل اليهم حقهم بتقدير البيع .

(لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينهم) فحينئذ ليس لهم أن يبيعوه لوصولهم إلى حقهم (والبائع) وهو المولى (متلف حقهم بالبيع والتسليم) أي متلف حق الغرماء ببيع العبد الذي تعلق به حقهم والتسليم إلى المشتري (والمشتري بالقبض والتغيب) أي والمشتري متلف أيضاً بقبض العبد وتغيبه إياه (فيخبرون في التضمنين) أي إذا كان الأمر كذلك تخبر الغرماء في تضمنين البائع أو المشتري .

(وإن شأوا أجازوا البيع) هذا يدل على أن هذا البيع كان موقوفاً . وقال قاضي خان وهذا البيع قبل إجازة الغرماء فاسد وليس بموقوف فعله على المأذون (وأخذوا الثمن ، لان الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق) ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان ، فكذا إذا أجازوا .

فان قلت بشكل بما اذا كفل رجل عن غيره بغير اذنه ، ثم ان أجازوا المكفول له لا يرجع الكفيل عليه . قلت لانها لا تحتاج الى الاذن فلا يؤثر الاذن فيها ولا كذلك

كما في المرهون ، فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فلمولى أن يرجع بالقيمة فيكون حق الغرماء في العبد ، لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة ، كذا هذا . قال ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه

ها هنا ، فإن البيع يتوقف لزومه على اجازة الغرماء ، فإذا وجدت أثر في اللزوم . (كما في المرهون) يعني الراهن إذا باع الرهن بلا إذن المرتهن ، ثم أجاز المرتهن البيع يجوز فكذا ها هنا ، لأن الإذن في الإنتهاء كالإذن في الابتداء (فإن ضمنوا البائع قيمته) أى ان ضمن الغرماء المولى البائع قيمة العبد الذى باعه (ثم رد على المولى بعيب فلمولى أن يرجع بالقيمة) على الغرماء (ويكون حق الغرماء في العبد ، لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم) قال الفقيه أبو الليث « رح » يعني إذا قبله بقضاء القاضي ، لأن القاضي لما رده فقد فسخ العقد فيما بينها فعاد الى الحال الاول .

(وصار كالغاصب) أى صار المولى هنا كالغاصب (إذا باع) العين المغصوبة (وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة) أى كان للغاصب أن يرد العين التي باعها وردت عليه بالعيب على المالك ويأخذ منه القيمة التي دفعها اليه بسبب الضمان (كذا هذا) أى كالغاصب البائع أو حكم البائع كحكم الغاصب . (قال ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) أى قال محمد في الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنهم في عبد الرجل عليه دين باعه من رجل وأعلمه بالدين وقبض الرجل ثم جاء الغرماء قال لهم أن يردوا البيع ، وإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم ، انتهى . قوله وأعلمه أى المشتري بأن قال هذا عبد مديون ، وفائدة الاعلام سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ، حتى يقع البيع لازماً فيما بينهما وإن لم يكن لازماً في حق الغرماء إذا لم يكن في ثمنه وفاء دينهم (فللغرماء

بالدين فللغرماء أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته ، وفي كل واحد منهما فائدة ، فالأول تام مؤخر ، والثاني ناقص معجل ، وبالبيع يفوت هذه الخيرة ، فلهذا لهم أن يردوه ، قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل لا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم إليهم .

أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته (أى من رقبة العبد بالاستسعاء ، وينبغي أن تقدر كلمة به بعد قوله من رقبته ، أى بالاستسعاء كما ذكرنا .
(وفي كل واحد منها) أى من الاستسعاء والاستيفاء (فائدة ، فالأول) أى الاستسعاء (تام مؤخر) يعني أجل (والثاني) أى البيع (ناقص معجل ، وبالبيع يفوت هذه الخيرة) أى الخيار (فلهذا لهم أن يردوه) هي فلأجل ما ذكرنا للغرماء أن يردوا البيع .

(وقالوا) أى المشايخ (تأويله) أى تأويل قول محمد « رح » لهم أن يردوا البيع (إذا لم يصل إليهم الثمن) بأن لا يفي الثمن بديونهم ، لأنه كان لهم حق الاستسعاء إلى أن تصل إليهم ديونهم ، ولهذا البيع لا يمكنهم الاستسعاء ، فكان لهم أن ينقضوا البيع (فإن وصل) أى الثمن إليهم (ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه) أى البيع (لوصل حقهم إليهم) قيل في عبارته تسامح ، لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا محاباة في البيع ، لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ، ولأن الرد للاستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بإسقاط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر ، لأنه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع ، فأنهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم ، وكان فيه محاباة .

ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع ، معناه أن الثمن بقي بديونهم بدليل قوله تعالى . والثاني ناقص معجل فانه إنما يكون ناقصاً إذا لم يف بالديون .

قال فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري ، معناه
 إذا أنكر الدين ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو
 يوسف « رح » المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم ، وعلى هذا
 الخلاف إذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع
 فالموهوب له ليس بنخصم عندهما خلافاً له . وعنها مثل قوله
 في مسألة الشفعة

فان قيل إذا باع المولى عبد الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للرد ، فما بال هذا
 لا يكون مختاراً لقضاء الديون من ماله . أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى ،
 فإذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه . وأما الدين فهو واجب في ذمة
 العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع ، ولا إعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق . فلما كان
 كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة سنة بالتبرع فلا
 يلزمه . وفيه نظر ، لأن قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة . الجواب أن
 العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه .

(قال فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري) أى البائع والمولى (معناه)
 أى معنى قول محمد « رح » وإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري (إذا
 أنكر) أى المشتري (الدين) قيد به لأنه لو أقر المشتري بدينهم وصدقهم فلهم نفضه بلا
 خلاف إذا لم يف الثمن بديونهم ، ذكره المحبوبي . وكذا لو كان المشتري غائباً والبائع
 حاضراً فلا خصومة بينهم وبين البائع في رقبة العبد بلا خلاف ، ذكره في المبسوط (وهذا)
 أى عدم كون الخصومة بينهم وبين المشتري (هند أبي حنيفة ومحمد « رح ») .

(وقال أبو يوسف « رح » المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم) أى يقضى للفرماء
 بدينهم (وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً) لها شفيع (ووهبها) لرجل (وسلمها
 وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بنخصم عندهما) أى عن أبي حنيفة ومحمد
 « رح » (خلافاً له) أى لأبي يوسف (وعنها) أى عن أبي حنيفة ومحمد (مثل قوله)

لاني يوسف أنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه
ولها أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ
قضاء على الغائب .

أى مثل قول أبني يوسف (في مسألة الشفعة) بأن يكون الموهوب له خصماً . وهذا
رواية ابن سميحة « رح » .

(لأبي يوسف أنه) أى المشتري (يدعى الملك لنفسه) لأنه ممسك للعين ، فكل
من أمسك الشيء لنفسه يكون مالكا (فيكون خصماً لكل من ينازعه) ألا ترى أن
رجلا لو اشترى عبداً شراء فاسداً فجاء رجل فادعى أن العبد له فالمشتري خصم ، لأنه
في يده وهو مالك ، فكذا هذا .

(ولهما) أى ولأبي حنيفة ومحمد (أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما) أى
البائع والمشتري (فيكون الفسخ قضاء على الغائب) فلا يجوز ، لأن الحاضر
ليس بخصم عنه .

فان قلت يشكل بما إذا ادعى رجل الملك على ذى اليد وهو يقول اشتريت من فلان
الغائب ، فان ذا اليد يكون خصماً ، وان كان القضاء على المشتري قضاء على الغائب .
قلت فيما أوردت له يصير فسخاً ، لأنه لما أقام المدعي البينة على الملك ظهر ان البيع
الذي جرى بين الغائب وبين ذى اليد لم يكن بيعاً لكونه ملك المدعي ، ولا كذلك
هاهنا ، لأن البيع من المولى بالقضاء بالرد قضاء على الغائب وعلى المولى بالفسخ أو كقضاء
على الغائب لا يجوز .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في كتاب الشفعة رجل اشترى
داراً فوهبها لآخر وغاب المشتري بعدما قبضها الموهوب له فالموهوب له خصم للشفيع في
قول أبي يوسف ويقضى له بها وبالثمن وتبطل الهبة ويستوتق من الثمن ، وكذلك لو
باعها المشتري أخذ الشفيع إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الآخر . وقال محمد ليس
بين الشفيع وبين الموهوب له والمتصدق عليه خصومة حتى يحضر المشتري وكذلك بالبيع

قال ومن قدم مصرأ فقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة ، لانه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه ، وإن لم يخبر فتصرفه جائز ، إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره ، والعمل بالظاهر هو الاصل

إن أراد الشفيع الأخذ بالبيع الأول ، وإن أرادها بالبيع الثاني فالمشتري الآخر خصم ، وهذا تسليم للشفعة من الشفيع في البيع الأول .

قال الشيخ أبو المعين ولم يذكر محمد « رح » في الجامع قول أبي حنيفة واختلف المشايخ فيه . قال مشايخ بلخ قوله مع أبي يوسف فيجعل قول أبي يوسف ما أمكن وما هنا الإمكان ثابت ، لأنه لم ينص محمد على خلاف ذلك قال مشايخ العراق لا بل قوله مع محمد ، لان ابن سماعة ذكر في نوادره هذه المسألة . وذكر قول أبي حنيفة مع محمد « رح » .

(قال ومن قدم مصرأ) أي قال محمد في الجامع الصغير ، إنما قال ومن قدم ولم يقل وإذا قدم عبد مصرأ لانه لا يعلم كونه عبداً إلا بقوله وإنما ذكر مصرأ لانه لم يرد به مصرأ معيناً ، وإنما أراد مصرأ من الامصار (وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة) وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أخبر أنه مملوك ، وهذا إقرار منه على نفسه ، والثاني أنه أخبر أنه مأذون في التجارة ، وهذا إقرار من المولى ، وإقراره عليه ليس بحجة .

وجه الاستحسان هو قوله (لانه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه) أشار بهذا إلى أن المسألة على وجهين ، أحدهما أنه يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحساناً عدلاً كان أو غير عدل ، والقياس أن لا يصدق وبه قالت الثلاثة .

والوجه الآخر هو قوله (وإن لم يخبر) أي لم يقل أن مولاه أذن له ، بل باع واشترى (فتصرفه جائز ، إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل) أي فتصرفه دليل أنه مأذون فيه ، والقياس أن لا يثبت وبه قال الشافعي

في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس ، إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه ، لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى ، بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه ، فإن حضر وقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وإن قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل .

« رح » في وجه ، إذ الظاهر أن المحجور يجبر على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل (في المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس) توضيحه أن الناس بحاجة إلى قبول قوله ، لأن الإنسان يبعث الأحوار والعبد في التجارة ، فلم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين ليشهد عند كل تصرف انه مأذون له في التجارة ، وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى . والقياس أن يشترط عدالة المخبر ، لأن خبر العدل حجة . وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى .

(إلا أنه لا يباع) استثناء من قوله ألزمه كل شيء ، ومعناه لأنه إذا لم يكن في كسبه وقال يباع في الدين (حتى يحضر مولاه ، لانه لا يقبل قوله في الرقبة ، لأنه خالص حق المولى) لان بيعها ليس من لوازم الإذن في التجارة ، ألا ترى أنه إذا أذن المدبر وأم الولد ولحقها الدين لا يباعان فيه ، فكانت الرقبة خالص حق المولى ، وحينئذ جاز أن يكون مأذوناً ولا يباع .

(بخلاف الكسب) حيث يقبض الدين منه ، لان قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن في التجارة (لانه) أى الكسب (حق العبد على ما بيناه) أشار به إلى قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه إلى أن قال أن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد (فان حضر) أى المولى (وقال هو مأذون بيع في الدين) يعني إذ لم يقض المولى دينه (لانه ظهر الدين في حق المولى) أى بقوله أنه مأذون وحكم المأذون أنه يباع في الدين .

(وإن قال هو محجور فالقول قوله) أى قول المولى مع يمينه (لانه متمسك

فصل

وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد
المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء

بالاصل) وهو عدم الاذن واذا أقامت الغرماء البينة أنه اذن له فحينئذ يبيع ، لان دعوى العبد الإذن عليه كدعوى العتق والكتابة ، فلا يقبل قوله عند جمود المولى الا بالبينة . وفي مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده اذا قامت الغرماء البينة أنه مأذون له ولعبد يحجر والمولى غائب لا يقبل بينهم حتى لا يباع رقبة العبد بالدين ، لانها قامت على غائب وليس عنه خصم حاضر وان أقر العبد بالدين فباع القاضي اكسابه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى وأنكر الاذن فان القاضي كلف الغرماء البينة على الاذن ، فان^(١) والا ردوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن اكساب العبد ولا ينقص البيوع التي جرت من القاضي في كسبه ، لان للقاضي ولاية في بيع مال الغائب ويؤخر حقوق الغرماء الى أن يعتق العبد .

(فصل)

لما فرغ عن بيان أحكام العبد في الاذن شرع في أحكام اذن الصغير وقدم الاول لكثرة وقوعه .

(واذا أذن ولي الصبي للصبي) وهو ابوه أو جده أو وصيهما أو نحوم (في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون) في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع دون نوع وصيرورته مأذوناً بالسكون وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد (اذا كان يعقل البيع والشراء) أى يعرفان البيع سالب للملك والشراء جالب له ، ويعرف الثمن اليسير والفاحش ، وليس المراد منه أن يعرف نفس العبارة فإنه ما من صبي لقن البيع والشراء إلا ويتلفها ، كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده « رج » في مبسوطه وبعضهم قال معناه

(١) هنا كلام غير مقروء - ولعله « أقاموا البينة » .

حتى ينفذ تصرفه ، وقال الشافعي « رح » لا ينفذ ، لأن حجره لصباه
فيبقى ببقائه ، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك
حجره فلا يكون والياً للنفقة ، فصار كالطلاق والعاق بطلاق
الصوم والصلاة ، لأنه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على أصله

أن يعرف البيع ويقف على قيم الأشياء على وجه لو سئل عن قيمة شيء يقرب في تقويمه
ولا يحارف فإن كان هكذا فالظاهر أنه لا ينبغي فيكون كالبالغ فيصح إنذنه في التجارة
والأفلا ، كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيجاني في شرح الكفاي (حتى ينفذ
تصرفه) برقع الذال .

(وقال الشافعي « رح » لا ينفذ) أي تصرفه بإذنه ، وبه قال مالك وأحمد في روايه . وقال
أحمد في رواية وبعض أصحاب الشافعي في وجه كقولنا (لأن حجره لصباه) أي لأن
حجر الصبي لأجل صبي نفسه (فيبقى ببقائه) أي فيبقى الحجر ببقاء الصبي وبقاء الملة
تستلزم الملول لا محالة ، بخلاف حجر الرقيق فإنه ليس للرق نفسه ، بل لحق المولى وهو
بإذنه لكونه راضياً بتصرفه حينئذ .

(ولأنه) أي ولأن الصبي (مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه) يعني في ماله
بعد الإذن (ويملك حجره) أي الحجر عليه (فلا يكون) أي الصبي (والياً للنفقة)
أي بين كونه والياً وبين كونه مولياً عليه ، لأن كونه مولياً عليه سمه المجز وكونه والياً
سمه القدرة (وصار) أي صار تصرف الصبي (كالطلاق والعاق) حيث لا يصحان
منه ، وإن أذن له الولي .

(بخلاف الصوم النفل والصلاة النافذة لأنه) أي لأن كل واحد من الصوم والصلاة
(لا يقام بالولي) فيصحان منه (وكذا الوصية) أي وكذا تصح الوصية منه لصحة الصوم
والصلاة (على أصله) أراد به على أصل الشافعي رحمه الله ، فإن من أصله أن كل تصرف
يتحقق من المولى لا يصح بمباشرة الصبي ، لأن تصرف بسبب الضرورة ولا ضرورة فيما
يتصرف فيه الولي ، وكل تصرف لا يتحقق بمباشرة يصح الولي يصح تصرفه فيه بنفسه ،

فتمتثلت الضرورة إلى تنفيذه منه ، أما البيع والشراء يتولاه الولي ،
فلا ضرورة لها هنا . ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في
محلّه عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في

فلهدا تعتبر وصية بأعمال البر واحسان الابوين ولا يتحقق الضرورة فيما يمكن تحصيله برأى
الولي ، وهذا يصح الشافعي اسلامه بنفسه لتحقق اسلامه بإسلام أحد أبويه ، كذا في
المبسوط (فتمتثلت الضرورة) أى اذا كان كذلك فتمتثلت للضرورة (الى تنفيذه
منه) أى الى تنفيذ التصرف الذي لا يتحقق بمباشرة المولى منه ، أى من الصبي (أما
البيع والشراء يتولاه المولى فلا ضرورة لها هنا) ولا يصح تصرفه فيه .

(ولنا أن التصرف المشروع) بقوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ مطلقاً من غير فضل
بين البائع والصبي (صدر من أهله) لكونه عاقلاً مميزاً يعلم أن البيع سالب ، وإن الشراء
جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش (في محلّه) لكون المبيع مالاً متقوماً (عن ولاية
شرعية) لكونه ضرر عن إذن وليه والى له هذا التصرف ، فكذا من إذن له ألا ترى
أن الطلاق والعناق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدورها من الصبي لا يكون عن
ولاية شرعية وإن إذن الولي بذلك .

فإن قلت لا نسلم أنه أهل وهذا لأن مجرد العقل والتمييز لا يكفي ، بل بالبلوغ شرط
يصير أهلاً إذا الشخص أنها يصير أهلاً للتصرف بكمال الحال وحال الإنسان لا يكمل قبل
البلوغ ، وهذا لا يتوجه عليه خطابات الشرع ، لأن العقل والتمييز اللذين يعرف بهما
الاشياء أمر باطن ، ولذلك يتفاوت في نفسه فأقيم البلوغ مقامه فلا يعتبر وجود العقل في
الصبي . قلت العقل وحده يكفي لثبوت الأهلية لأنه به تحصيل معرفة الاشياء إلا أن
الصبي مظنة المرحمة ، وبالخطاب يتضرر وصحة العبارة نفع محض ، إذ الآدمي شرف على
غيره بها . والخلاف في الصحة لأن المذهب عندنا أن الصبي إذا باع ماله انعقد ويتوقف على
الاجازة كالراهن يبيع المرهون ينعقد ويتوقف على اجازة المرتهن .

(فوجب تنفيذه) أى إذا كان كذلك فوجب تنفيذ التصرف الذي لا يتحقق بمباشرة
الولي بتصرف الصبي كما قال (على ما عرف تقريره في الخلافات) أي تقرير الخلاف الذي

الخلافيات ، والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت
نظراً إلى إذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة
بطريقتين واحتمال تبدل الحال . بخلاف الطلاق والعتاق لانه

بيننا وبين الشافعي رحمه الله في هذه المسألة .

[قد وجد في هذا المجلد بياض قدر ثلاث أسطر ^(١)]

(والصبا سبب الحجر) هذا جواب عن قول الشافعي « رح » ، لأن حجره لصباه .
وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير ، أشار إليه بقوله (لعدم الهداية) أي
إلى التصرفات ، فصار كالعبد في كون حجره لغيره (لا لذاته) لكونه أهلاً ، فإذا انضم
إلى رأي الولي صار هو والبائع سواء فيترجح جانب النفع على جانب الضرر ، بل هذا
أقرب لأنه تصرف حضره رايان ، فكان أقرب إلى النظر الذي حضره واحد فلا يبقى
الضرر فيرتفع الحجر (وقد ثبتت) أي الهداية إلى التصرفات (نظراً إلى إذن الولي)
لأنه لو لم يعلم أنه هاد في أمور التجارة لما أذن له (وبقاء ولايته) يرفع بقاء على الابتداء ،
وخبره قوله (لنظر الصبي) أي بقاء ولاية الولي بعد الإذن نظراً للصبي ، وهذا جواب
ما يقال ثبتت له الهداية بالإذن لم يبق الولي ولياً .

وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك للنظر له ، فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث ،
وفي الاعتبار كلامه في التصرف نفع محض (لاستيفاء المصلحة بطريقتين) أي مباشرة وليه
له ومباشرة نفسه ، فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره (واحتمال تبدل الحال) بالحر
عطفاً على قوله لاستيفاء المصلحة ، أي واحتمال تبدل حال الصبي من الهداية إلى غيرها ،
فأبقينا ولاية الولي لتدارك ذلك .

(بخلاف الطلاق والعتاق) جواب عن قوله صار كالطلاق والعتاق (لأنه) أي لأن

(١) هكذا وجد في الأصل ، وثلاث أسطر تساوي حوالي خمسة أسطر تقريباً في

هذه الطبعة اه مصححه .

صار محض فلا يؤهل له . والتافع المحض كقبول الهبة والصدقة
يؤهل له قبل الإذن ، والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر
فيجعل أهلاً له بعد الإذن لا قبله ، لكن قبل الإذن يكون موقوفاً
منه على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً . وصحة التصرف في
نفسه ، وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه

كل واحد من الطلاق والعتاق (صار محض ، فلا يؤهل^(١) له) أي فلم يحمل الصبا أهل
للضار المحض ، أي للتصرف فيه (والتافع المحض) بالرفع مبتدأ (كقبول الهبة والصدقة)
مثال للتافع المحض (يؤهل له) خبر المبتدأ ، أي يحمل الصبي أهلاً له ، أي للتافع المحض ،
سواء كان (قبل الإذن) أو بعده ، فلا يتوقف على الإذن (والبيع والشراء) البيع
مبتدأ أيضاً ، والشراء عطف عليه . وقوله (دائر بين النفع والضرر) فان قلت المبتدأ
شيان والمشتري واحد والتطابق شرط . قلت تقديره وكل واحد من البيع والشراء
دائر ، أي متردد بين البيع على اعتبار الربح ، والضرر على اعتبار الخسران .

(فيجعل أهلاً له بعد الإذن لا قبله) أي إذا كان كذلك يجعل الصبا أهلاً لهذا النوع
من التصرفات بعد إذن الولي لا قبله ، أي إذا كان كذلك يجعل الصبا أهل لهذا النوع من
التصرفات (لكن قبل الإذن يكون موقوفاً منه) هذا جواب عما يقال أنتم ما علمتم
يجه كونه ضاراً ، فكان ينبغي أن لا يجوز . وتقريره أنه إذا وقفناه قبل الإذن (على إجازة
الولي لاحتمال وقوعه نظراً) فإن أحد المحتملين (وصحة التصرف في نفسه) يجر صفة ،
أي ولصحة التصرف في نفسه ، لأن مشروع صدر من أهله في محله .

فان قيل إذا باع شيئاً بأضعاف قيمته كان ناقصاً محضاً كقبول الهبة ، فيجب نقوده بلا
توقف . أجيب بأن المعتبر في ذلك هو الوضع كالجزئيات الواقعة اتفاقاً .

(وذكر الولي في الكتاب) أي في مختصر القنوري ، أراد به ما ذكره بقوله وإذا
أذن ولي للصبي (ينتظم الأب والجد عند عدمه) أي عند عدم الأب ، وليس المراد به

والوصي والقاضي والوالي . بخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاة .

الترتيب ، لأن وصي الأب مقدم على الجد (والوصي) بالنصب ، أى وينتظم الولي ، أى وصي الأب ووصي الجد (والقاضي والوالي) بالنصب أيضاً ، أى وينتظم الوالي . وفي المبسوط وليه أبوه ثم وصيه ثم جده أبو الأب ثم وصيه ثم القاضي أو وصي القاضي ، فأما الإمام أو وصيهما فلا ولاية لها عليه ، فلا يصح الاذن منهما ولا يقال وصي الأم باع العروض التي ورث الضيعة من أمه يجوز ، لأن ذلك من باب الحفظ على الأم الميتة وعلى الصغير ، لا لأنه تجارة . حتى لو اشترى شيئاً آخر لليتيم لا يجوز ، كذا في الذخيرة . وعند الثلاثة وصي الصبي والمجنون والأب ثم الجد وإن عدما فالسلطان . وفي شرح الطحاوى وفي الصغير أبوه ووصي أبيه ثم جده ثم وصي جده ثم وصي جده وصية ثم القاضي ومن نصيبه القاضي سواء كان الصغير في عيال هؤلاء أو لم يكن .

(بخلاف صاحب الشرط) يريد به أمير البلدة كأمير بخارى ، فكان الوالي أكبر منه ، لأن له ولاية تقليد القضاء دون صاحب الشرط . وقوله الشرط بضم الشين المعجمة وفتح الراء وهو جمع شرطة بضم الشين وسكون الراء والشرطة خيار الجند ، وأول كتيبة تحضر الحرب . وفي العباب الشرطي والشرطة واحد الشرط ، قال الأصمعي سموا بذلك لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها . وقال أبو عبيدة سموا شرطاً لأنهم أعدوا والشرطة أول طائفة من الجيش تحضر الوقعة . قلت أصل ذلك من الشرط بفتحتين ، وهو العلامة ، منه أشراف الساعة ، أي علاماتها .

(لأنه) أي لأن الشأن (ليس إليه) أي إلى صاحب الشرط (تقليد القضاة) والوالي إليه تقليد القضاة ، فكان أكبر منه ، فلذلك ينتظمه حكم الولاية ، لأنه يلي التصرفات على البابين ، بخلاف صاحب الشرط فإنه يفوض إليه أمر خاص . قلت فعلى هذا لا تكون الولاية في مصر إلا للسلطان ، لأن له التصرف العام بخلاف غيره من الحكام ، لأن كل منهم يفوض إليه في أمر خاص إلا القضاة ، فإنه يفوض إليهم سائر الأحكام الشرعية ،

والشرط أن يعقل كون البيع سالباً للملك جالباً للربح والتشبيه بالعبد
المأذون يقيدان ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه
لأن الإذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان
أو صبيّاً فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ، ويصير مأذوناً بالسكوت

فكذلك لا تكون الولاية في البلاد الشامية إلا للقضاء خاصة ، اللهم إلا قلد إلى أحد من
نوابها الكبار تقليد القضاء .

(والشرط أن يعقل) الصبي (كون البيع سالباً للملك جالباً للربح) وقد مر بيان
هذا الشرط (والتشبيه بالعبد المأذون) أراد تشبيه الصبي بالعبد المأذون في قوله وهو في
البيع والشراء كالعبد المأذون (يقيدان ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه) أي
في حق الصبي لا يقال يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم ، فإن المولى محجور عن التصرف
في مال العبد المأذون المدينون بدين محبط بماله دون الولي ، لأننا نقول إن ذلك من الحجر
المولى وعدم الحجر ^(١) المولى ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي ، وبأن دين الصبي
لكونه حراً يتعلق بذمته لا بماله ، فجاز أن يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه
والمولى أجنبي منه إذا كان الدين مستغرقاً ، ويصح إقراره بعد الإذن بما كسبه عيناً كان
أو ديناً لوليه ولغيره ولانفكاك الحجر عنه ، فكان كالبالغين وأورد بأن الولاية المتعدية
نوع الولاية للقائمة والولي لا يملك الإقرار على مال الصبي ، فكيف أفادته ذلك بأذنه .
والجواب أنه إفادة من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها .
(لأن الإذن فك الحجر ، والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صبيّاً ، فلا يتقيد
تصرفه بنوع دون نوع) أراد أن المأذون له في التصرف إنما يتصرف بأهلية نفسه فيستوي
فيه العبد والصبي ، فإذا استويا في ذلك فلا يتقيد تصرفهما في نوع دون نوع لما مر فيما
مضى (ويصير) أي الصبي (مأذوناً بالسكوت) بأن يراه وليه يبيع أو يشتري
فيسكت ، فإنه أذن له ، لكن هذا في الأب والجد والوصي لا في القاضي ، ألا ترى إلى

(١) هكذا الكلام في الأصل ولعلها انحجار وعدم انحجار .

كما في العبد ويصح إقراره بما في يده من كسبه ، وكذا بمورثه في
ظاهر الرواية كما يصح إقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا
كتابته ، كما في العبد

ما ذكر في الفتاوى الصغرى أن القاضي إذا رأى الصغير أو المعتوه أو عبد الصغير يبيع
ويشتري فسكت لا يكون إذناً في التجارة (كما في العبد) إذا رآه مولاه يبيع فسكت
فإنه يكون مأذوناً .

(ويصح إقراره بما في يده من كسبه) أي يصح إقرار الصبي بعد الإذن بما هو
كسبه عيناً كان أو ديناً لوليه ولغير وليه لانفكاك الحجر عنه ، فكان كالبالغين ،
وأراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، والولي لا يملك الإقرار على مال الصبي
فكيف إفادة ذلك بإذنه . والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي
يملك الإذن بالتجارة وتوابعها (وكذا بمورثه) أي كذا يصح إقراره بمورثه بأن أقر
بشيء من تركه أبيه لإنسان (في ظاهر الرواية) احتراز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة
أنه لا يجوز إقراره بذلك ، لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته في التجارة إلى ذلك لثلا
يمنتع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث . وجه الظاهر أن الحجر
لما انفك عنه بالإذن التحق بالبالغين ، ولهذا نفذ أبو حنيفة « رح » بعد الإذن تصرفه بالغب
الفاحش كالبالغين ، فكان الموروث والمكتسب في صحة الإقرار سواء لكونه مالياً
(كما يصح إقرار العبد) بعد الإذن لانفكاك الحجر عنه .

(ولا يملك تزويج عبده) أي ولا يملك تزويج عبده . قيد بالعبد ، لأن عدم جواز
تزويجه بالاجماع أما في عدم تجويز أمته خلاف بين أبي حنيفة ومحمد ، وبين
أبي يوسف فعنده يملك تزويج أمته ، لأن فيه تحصيل المال ، وعندهما لا
يملكه لأن النكاح ليس من عقود التجارة فلا يملك كالعبد المأذون (ولا كتابته كما في العبد)
أي ولا يملك كتابة عبد أيضاً كما في العبد المأذون .

فان قيل الأب والوصي يملكان الكتابة في عبد الصبي فينبغي أن يملكها الصبي بعد
الإذن . قلت الإذن يتناول ما كان من صيغ التجارة ، والكتابة ليست منه .

والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذوناً بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه ، وحكمه حكم الصبي والله أعلم

(والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي) يعني الجواب فيه كالجواب في الصبي المميز والانعام فيه خلاف . وفي الذخيرة المعتوه الذي يعقل البيع والشراء كالصبي إذا بلغ معتوها ، أما إذا بلغ عاقلاً ثم عتقه فأذن له الولي في التجارة هل يصح إذنه ، فقال أبو بكر البلخي لا يصح إذنه قياساً ، وهو قول أبي يوسف ، ويصح استحساناً هو قول محمد ، وهذا بخلاف ما لو أعتقه الأب أو جن فإنه لا يثبت للابن الكبير ولاية التصرف في ماله إنما يثبت له ولاية التزويج لا غير . وقال شيخ الإسلام ولي الدين الأسبيعي في شرح الكافي والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء في التجارة بمنزلة الصبي الذي يعقل ، لأنه ناقص العقل وإن كان لا يعقل فهو مجنون ، فيكون بمنزلة الصبي الذي لا يعقل . ولو أذن المعتوه الذي يعقل البيع والشراء في التجارة ابنه كان باطلاً مولى عليه فلا يلي على غيره (يصير مأذوناً بإذن الأب والوصي والجد دون غيرهم) من الأقارب كالابن والمعتوه (على ما بيناه) أشار به إلى قوله وذكر المولى في الكتاب ينتظم الأب والجد إلى أخذه (وحكمه حكم الصبي والله أعلم) أي حكم المعتوه كحكم الصبي إذا بلغ معتوها كما ذكرنا .

فوائد : موت الأب أو وصيه حجب على الصبي ، كذا في شرح الكافي ، ولو كان القاضي أذن للصبي أو للمعتوه في التجارة ثم عزل القاضي أو مات فهما على إذنها . وقال خواهر زاده في مبسوطه إذا كان للصبي أو المعتوه أب أو وصي أو جد لأب فرأى للقاضي أن يأذن للصبي أو للمعتوه في التجارة فأذن له وأبى أبوه فأذنه جائز ، وإن كان ولاية للقاضي على الصغير مؤخر من ولاية الأب والوصي لأب الأب لا يصير عاضلاً له فتنتقل الولاية إلى القاضي كالولي في باب النكاح إذا عضل انتقلت الولاية إلى القاضي ، فإن حجب عليه أحد من هؤلاء بعد ذلك فحجبه باطل ، وإن حجب عليه هذا القاضي بعدما عزل لا يعمل لعدم ولاية القضاء ، وإن حجب القاضي أو الذي قام مقامه عمل حجبه والله أعلم بالصواب .

كتاب النصب

النصب في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب
للإستعمال فيه بين أهل اللغة . وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير
إذن المالك على وجه

(كتاب النصب)

إيراده عقيب كتاب الإذن لكونه من أنواع التجارة في المستقبل ، ألا ترى أن إقرار
المأذون لما صح بدون غيرها صح بدون التجارة دون غيرها صح بدون النصب ولم يصح
بدن للنصب ولم يصح بدن الحر لكون الأول من التجارة دون الثاني ، فكان ذكر النوع
بعد ذكر الجنس مناسباً . قيل وجه المناسبة التقابل ، لأن المأذون يتصرف بالأذن
الشرعي الخاص بخلافه ، فلذلك قدم كتاب المأذون عليه لانه مشروع دون النصب .
(النصب في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب) أي أخذ الشيء
ظلماً وقهراً ، تقول غصبته منه وغصبه عليه بمعنى ، قيل وغصبه إياه أيضاً ، والشيء
أغصب ومغصوب . قلت قولهم شيء غصب تسميته بالمصدر فهذا الذي ذكره يتناول
متقوماً وغير متقوم ، يقال غصب زوجة فلان وحر فلان (للاستعمال فيه بين أهل اللغة)
أي استعمال لفظ النصب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب .

(وفي الشريعة أخذ مال) أي النصب في اصطلاح الشريعة أخذ مال ، وهذا بمنزلة
الجنس للحد وباقي قيوده كالفصل ، لانه يتناول المحدود وغيره . وقوله (متقوم) احترازاً
عن الحر . وقوله (محترم) احترازاً عن مال الحر في فإنه غير محترم . وقوله (بغير إذن
المالك) احترازاً عما إذا أخذه بأذن مالكة ، فانه لا يسمى غصباً . وقوله (على وجه

يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً دون الجلوس على البساط

يزيل يده) أي يد المالك لبيان أن إزالة يد المالك لا بد منها في حد النصب عندنا ، لان الشرط عندنا إزالة اليد الحقيقية واثبات المبطة . وعند الثلاثة يبقى فيه اثبات اليد المبطة ، وعلى هذا تخرج المسائل على ما نذكرها إن شاء الله تعالى . غير أن إزالة اليد الحققة بالنقل والتحويل .

وعندهم اثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابة ، فيكفي فيها الركوب ، وفي الفرائس الجلوس عليه . وفي العقار النصب يتحقق عندهم بالدخول وإزعاج المالك حتى لو أزعج ولم يدخل لم يضمن . ولو دخل ولم يزعج ولم يقصد الاستيلاء لم يضمن ، والضعيف إذا دخل دار القوي وهو فيها وقصد الاستيلاء لم يضمن ، كذا في الذخيرة وشرحه . وقال الناطفي في كتاب الاجناس النصب عبارة عن إيقاع فعل فيما يمكن نقله بغير إذن مالكة على وجه يتعلق به الضمان بذلك عليه من منع رجلا من دخول داره وثم يمكنه من أخذ ماله لم يكن غاصباً بذلك لعدم المعنى الذي ذكرناه ، وإن كان حال بينه وبين ماله أو إن نقل ماله عن موضعه صار غاصباً .

(حتى كان استخدام العبد) هذه إشارة إلى بيان مظهر فائدة التعريف الذي عرف النصب به ، أي حتى يكون على ما ذكرنا استخدام العبد (وحمل الدابة غصباً) لان فيه إزالة يد المالك (دون الجلوس على البساط) يعني لا يكون غصباً لعدم إزالة يد المالك . وعند الثلاثة يكون هذا غصباً على ما ذكرنا من الأصل ، وكذا تظهر ثمرة الاختلاف بيننا وبينهم في زوائد المصوب كولد المصوبة وثمره البستان وأنها ليست بمضمونة عندنا لعدم إزالة اليد ، وعندهم مضمونة لاثبات اليد ، وكذا لو غصب حماراً وساقه فتأخر عنها جعشه فأكله الذئب لا يضمن عندنا إن لم يسق الجعش معه ، وكذا لو منع أصحاب المواشي حق ضاعت لم يضمن عندنا وعند الشافعي أيضاً ، ولكن ذكر في فتاوى قاضي خان مسألة يخالف هذا الأصل ، فإنه لو قال غصب عجولاً فاستهلك حتى يبس لبن أمه قال أبو بكر البلخي يضمن قيمة العجول ونقصان الام وإن لم يفعل في الام شيء .

ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وإن كان بدونه فالضمان
لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم ، لأن الخطأ موضوع .
قال ومن غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه
مثله . وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما ، وهذا
لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ١٩٤ البقرة ،

(ثم إن كان) أي الغصب (مع العلم) أي بأنه ملك المقتصب منه (فحكمه المأثم)
أي الإثم في الآخرة (والمغرم) أي الغرامة في الدنيا ، وهذا بالكتاب ، قال الله تعالى
﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ ١٨٨ البقرة ، إلى غير ذلك من الآيات . السنة قال
عليه السلام من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه الله من سبع أرضين ، رواه البخاري ومسلم
وعليه إجماع العلماء .

(وإن كان بدونه) أي بدون العلم بأن ظن المأخوذ ماله أو اشترى عيناً ثم ظهر
استحقاقه (فالضمان) أي فحكمه الضمان (لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده) وكذا
إذا كان الآخذ معذوراً لحمله وعدم قصده (ولا إثم ، لأن الخطأ موضوع) لقوله عليه السلام
رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

(قال) أي القدوري (ومن غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه
مثله) أي مثل الذي غصب ، وأراد بالمكيل مثل الحنطة والشعير ونحوهما وبالموزون
مثل الدراهم والدنانير ، ولكن يشترط أن لا يكون الموزون مما يضر بالتبعية ، يعني غير
المصوغ منه ، لأن الوزن في الذي في تبعية مضره يلحق بذوات القيم (وفي بعض النسخ)
أي وفي بعض نسخ القدوري (فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما) أي بين المستحقين
والكلامين (وهذا) أي عدم التفاوت (لأن الواجب هو المثل ، لقوله تعالى ﴿ فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ١٩٤ البقرة) سمي الفعل الثاني إلى ما
هو مثل صورة ومعنى .

ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية ، فكان أدفع للضرر . قال فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » .

(ولأن المثل أعدل) أي ولأن المثل صورة ومعنى أقرب إلى العدل (لما فيه) أي لما في المثل (من مراعاة الجنس) لأن الخطة مثلا مثل الخطة جنسا (والمالية) لأن مالية الخطة المادة مثل مالية الخطة المنصوبة ، لأن الجودة ساقطة العبارة في العتبات (فكان أدفع للضرر) أي فكان المثل أشد دفعا للضرر عن المنصوب منه ، لأن الغاصب فوت عليه الصورة والمعنى ، فالجبر التام أن يتداركه بما هو له مثل له صورة ومعنى .

(قال فإن لم يقدر على مثله) أي قال في الجامع الصغير فإن لم يقدر الغاصب على مثل الذي غصبه بأن انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل (فعليه قيمته يوم يختصمون) أي يوم الخصومة (وهذا عند أبي حنيفة « رح ») أي وجوب القيمة يوم الخصومة عند أبي حنيفة « رح » ، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي ومالك ، ولم يذكر في الجامع الصغير خلافا ، لأن صورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال كل شيء غصب مما يكال أو يوزن فلم يقدر على مثله فخصم فيه فعليه قيمته يوم يختصمون ، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن فعليه قيمته يوم غصبه ، ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى ، فعلم بهذا أن المثلي إذا انقطع تجب على الغاصب القيمة يوم الخصومة باتفاق علمائنا الثلاثة في ظاهر الرواية ، وبهذا قال الفقيه أبو الليث « رح » ، في شرح الجامع الصغير ، وروي عن أبي يوسف أن عليه قيمته يوم الغصب .

وروي عن محمد أن عليه قيمته يوم الانقطاع وهو مذهب زفر « رح » ، وإن كان للشيء ما لا يكال ولا يوزن فعليه قيمته يوم الغصب في قول علمائنا . وفي قول الشافعي « رح » عليه أكثر القيمتين يوم الغصب ويوم الهلاك ، ولأن في أصله أن زيادة الغصب مضمونة ، انتهى . والاختلاف مذکور في النوادر ، كذا قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير .

وقال أبو يوسف «رح» يوم الغصب. وقال محمد «رح» يوم الانقطاع
لأبي يوسف «رح» أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته

(وقال أبو يوسف يوم الغصب) أي عليه قيمته يوم الغصب (وقال محمد يوم الانقطاع)
أي عليه قيمته يوم الانقطاع مثله عن أيدي الناس ، وبه قال أحمد «رح» وبعض أصحاب
الشافعي «رح» ، وحد الانقطاع ما ذكر أبو بكر البلخي هو أن لا يوجد في السوق
الذي يباع فيه ، وإن كان يوجد في البيوت ، وعلى هذا انقطاع الدراهم . قال الأتزازي
رحمه الله ولكن أصح أن يكون الشيء بحيث يوجد في زمان خاص فمضى زمانه كالرطب
مثلا ، والدليل على هذا ما ذكره الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وغصب ما يوجد
في زمان دون زمان ، فإذا غصبه غاصب ثم اختصما في حال انقطاع وعذمه ، فإن أبا
حنيفة قال يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون . وقال يعقوب يوم غصبه . وقال محمد
يحكم بقيمته عند آخر انقطاعه ، ويدل عليه أيضاً ما ذكره في شرح الطحاوي أيضاً ،
قال ومن أئلف شيئاً لرجل مما له مثل من جنسه ثم انقطع ذلك عن أيدي الناس وصار
مثله غير موجود بشئ غال ولا بشئ رخيص فصاحب المال بالخيار إن شاء انتظر إلى
وجود مثله ويأخذ المال ، وإن شاء لم يبرص ويأخذ القيمة .

واختلفوا فيه على ثلاثة أقوال . قال أبو حنيفة يعتبر قيمته يوم الخصومة . وقال
أبو يوسف بضمن قيمته يوم الاستهلاك أو وقت الغصب . وقال محمد «رح» يغرر قيمته
آخر ما كان موجوداً به أخذ الطحاوي إلى هذا لفظ الاسييجاني . وفي الجواهر للمالكية
ليس له إلا مثله ويصبر حتى يوجد قاله ابن القاسم . وقال أشهب المالك بالخيار إن شاء
صبر وإن شاء أخذ القيمة ، وفي قيمته التفريع لهم . ومن غصب أرضاً أو حيواناً فتلّف
عنده ضمن قيمته يوم غصبه لا يوم تلف ولأكثر القيمتين . ومن غصب شيئاً من المثليات
والموزونات فتلّف عنده وجب عليه رد مثله ولا تلزمه قيمته يوم غصبه .

(لأبي يوسف «رح») إنما قدم قوله في التعليل باعتبار ترتيب الأوقات ، فإن أول
الأوقات الثلاثة يوم الغصب ، ثم يوم الانقطاع ، ثم يوم الخصومة . وإيراد الأقوال على هذه
الأزمنة لم يأت إلا بتقديم قول أبي يوسف «رح» (أنه) أي أن مما له مثل (لما)

يوم انعقاد السبب ، إذ هو الموجب ولمحمد « رح » أن الواجب
المثل في الذمة ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم
الانقطاع . ولأبي حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ، ولهذا
لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك ، وإنما ينتقل بقضاء القاضي
فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء ، بخلاف ما لا مثل له ، لأنه
مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد ، فيعتبر قيمته عند ذلك .
قال وما لا مثل له فعليه قيمته

انقطع التعق بما لا مثل له ، فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب (وهو يوم الغصب ، أي يوم
انعقاد سبب الضمان (إذ هو الموجب) أي لأن الغصب هو الموجب للأصل ، والحلف
يجب بالسبب الذي يجب به الأصل فيعتبر قيمته يوم الغصب .
(ولمحمد « رح » أن الواجب المثل في الذمة) بالنص الذي ذكرناه (وإنما ينتقل إلى
القيمة بالانقطاع ، فيعتبر قيمته يوم الانقطاع) أي يوم الانقطاع عن أيدي الناس .
(ولأبي حنيفة أن النقل) من الواجب الأصلي (لا يثبت بمجرد الانقطاع) إذ الفعل
باعتبار المعجز عن الأصل (ولهذا) أي ولأجل عدم ثبوت النقل بمجرد الانقطاع
(لو صبر) أي المصوب منه (إلى أن يوجد جنسه له ذلك) لأن حقه في مثله من جنسه ،
حتى لو أتى الغاصب بالقيمة لا يحبر على القبول . ولو كان انتقل إليها يحبر كما في غير
المثل ، وكما إذا قضى القاضي بالقيمة (وإنما ينتقل) أي المثل إلى القيمة (بقضاء القاضي
فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء) لأنها زمان النقل كما في ولد المفلور أنه بمنزلة العبد
في حق المستحق فإذا خاصمه المستحق صار المفلور مانعاً له باعتبار حقه في الحرية ، فاعتبر
الحق منتقلاً عن العين إلى القيمة يوم الخصومة ، فكذا هذا .
(بخلاف ما لا مثل له) حيث يجب القيمة يوم الغصب (لأنه) أي لان الغاصب
(مطالب بالقيمة بأصل السبب) أي بسبب الضمان وهو الغصب (كما وجد فيعتبر قيمته
عند ذلك) أي عند وجود أصل السبب .
(قال وما لا مثل له) أي قال القدوري في مختصره وما لا مثل له (فعليه قيمته

يوم غضبه ، معناه العدديات المتفاوتة لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعاً للضرر بقدر الإمكان ،

يوم غضبه (أى يوم غضب الغاصب ، وقد أضيف يوم هاهنا إلى الجملة كما في قوله تعالى ﴿ يوم ينفع الصادقين صدقهم ﴾ ١١٩ المائدة ، ويحوز يوم غضبه بإضافة يوم إلى الفعل المضاف إلى فاعله أو مفعوله ، فافهم (معناه) أى معنى قول القدرى لا مثل له (العدديات المتفاوتة) كالبطيخ والرمان والسفرجل والثياب والدواب . وقال الاثرى هذا تفسير عجيب من صاحب الهداية ، لأنه يعتبر الكلى بالجزئى ، لأن لا مثل له يشتمل الحيوانات والزرعيات والعددى المتفاوت كالبطيخ والرمان ، والوزنى الذى في تعبئته مضرة وهو المصوغ منه .

قلت هذا تفسير جيد ، لأن معنى قول القدرى وما لا مثل له ، أى الشيء الذى لا يضمن بمثله من جنسه ، لأن الذى لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى ، وذلك مثل العدديات المتفاوتة والثياب والدواب ، كذا ذكرنا . وأما العددى المتقارب كالجوز والبيض والفلس فهو كالمكيل ، وبه قال مالك . وفي الكافي وقال مالك عدديات المتفاوتة يضمن مثله بصورة من جنس ذلك ، ولكن ذكر في الجواهر للمالكية ، وكذا العددى تستوى أبعاد جلته في الصفة غالباً كالبيض والجوز ونحوه ، وهذا يدل على أن قوله في العدديات المتفاوتة كقولنا .

وقال زفر في العدديات المتقاربة يجب القيمة أيضاً . وفي المبسوط في العدديات المتقاربة كالثياب والدواب يجب القيمة ، وبه قالت الثلاثة وأكثر الفقهاء . وقال أهل المدينة يجب المثل وبه قال أصحاب الظاهر ، لكن قالوا إذا لم يوجد مثله يصير حتى يوجد أو يأخذ القيمة .

(لأنه) تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها (وهي القيمة) دفعاً للضرر بقدر الإمكان (وذلك لأن قيمة الشيء معنى ذلك الشيء ، والمعنى هو الاصل والصورة ثابتة ، وإذا تعذر اعتبار الصورة للتفاوت فيها اعتبر المعنى دفعاً للضرورة تعذر

أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت .
وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له . قال وعلى الغاصب
رد العين المغصوبة ، معناه ما دام قائماً لقوله عليه السلام على اليد
ما أخذت حتى ترد .

المعنى وقال أهل المدينة الواجب هنا المثل وقد مر بيانه . وقال بعضهم إذا لم يمكن
رد عينه يجب نظير ذات وصفه وهو مذهب ابن سيرين ، كذا في شرح الكافي .
(أما العددي المتقارب) وهو ما يتقارب آحاده في المالية كالجوز والبيض ونحو ذلك
(فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) في المالية ، هذا مذهب أصحابنا الثلاثة .
وعند زفر تجب القيمة لأنها ليست بأمثال متساوية ، ولهذا يجرى فيها الربا ، وهذا فرع
على جواز السلم فيها وقد مر في البيوع . قيل إنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لأن
في الموزونات ما ليس بمثل ، وهو الذي في تبعضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت
وليس بواضح ، لأن في المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير ، فانه لا مثل له ففيه
القيمة . (وفي البر المخلوط بالشعير القيمة ، لانه لا مثل له) لتعذر اعتبار المائلة ، فيصار
إلى القيمة دفعا للضرر .

(قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة ، معناه ما دام قائماً) أى ما دام المغصوب
قائماً ، يعني ما دامت عينه موجودة ، وهذا لا خلاف فيه (لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت
حتى ترد) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سيد بن أبي هريرة عن قتادة
عن الحسن عن سمرة قال ، قال رسول الله ﷺ على اليد ما أخذت حتى تؤدى ، ثم نسي
الحسن فقال هو أمينك لا ضمان عليه . قال الترمذى حديث حسن أخرجه أبو داود
والترمذى في البيوع ، والثاني في العارية وابن ماجة في الاحكام وليس في حديثه قصة
الحسن . ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه والحاكم في المستدرک في البيع وقال
حديث صحيح على شرط البخارى .

وقال عليه السلام لا يحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً ،
فإن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود

وتعقبه الشيخ تقي الدين في الامام فقال وليس كما قال بل هو على شرط الترمذى . وقال
الحافظ المنذرى قول الترمذى فيه حسن يدل على أنه يثبت سماع الحسن عن سمرة . ورواه
ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع وقال فيه حتى تؤديه ما لها . قال ابن القطان في كتابه
وهو بزيادة الهاء موجب لرد العين ما كانت قائمة . وقال ابن طاهر في كلامه على أحاديث
الشبهات إسناد حسن متصل ، وإنما لم يخرجاه في الصحيح لما ذكر أن الحسن لم يسمع من
سمرة «رض» إلا حديث العقيقة والله أعلم .

(وقال رسول الله ﷺ لا يحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً ، فإن
أخذه فليرده عليه) هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة رضي الله عنهم ، أحدهما أبو
السائب أخرج حديثه أبو داود في كتاب الادب في باب المزاج ، والترمذى في أول الفتن
عن ابن أبي ذئب عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده يزيد بن أبي السائب
قال ، قال رسول الله ﷺ لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً ، وإذا أخذ أحدكم
عصى أخيه فليردها عليه . قال الترمذى حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن
أبي ذئب ، والسائب بن يزيد له صحبة سمع من النبي ﷺ وهو غلام ، وقبض عليه
والسائب ابن سبع سنين . وأبو يزيد بن السائب وهو من أصحاب النبي ﷺ
وروى عنه أحاديث .

ورواه أحمد وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهوية وأبو داود الطيالسي في مسانيدهم
والبخارى في كتاب الفرد في الادب والحاكم في المستدرک في الفضائل وسكت عنه .
ووقع في رواية لاعباً وجاداً بدون حرف العطف ، ومعنى قوله لاعباً لا يريد سرقة
ويريد إدخال الفيض على أخيه فهو لاغية في مذهب السرقة جارفي إدخال الاذى عليه قاصد
اللعب ، وهو يريد أن يجد في ذلك ليفيظه . وقال الخطابي في شرح السنن قوله
لاعباً جاداً هو أن يأخذه على سبيل المزول والالعاب ثم يجنبه ولا يرده ، فيكون ذلك جاداً .
(ولأن اليد حق مقصود) لأنها تتوصل إلى التصرف والإنقطاع وفي المبسوط والضمآن

وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفاً ، لأنه قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية . وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ، ويظهر ذلك في بعض الأحكام .

في المدبر ليس إلا التقويب اليد ^(١) ، فلم أن اليد حق مقصود . وقيل بدليل جواز إذن العبد في التجارة ، فإنه لا حكم بشرائه في حقه سوى التصرف باليد لا سيما إذا كان مديوناً ، فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف ، فلم أن اليد حق مقصود (وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه) أي إلى صاحب اليد (وهو) أي رد العين (الموجب الأصلي على ما قالوا) أي المشايخ (ورد القيمة مخلص) أي إلى صاحب اليد ، أي موضع للخلاص ، ويجوز أن يكون - مصدرأً اسماً - أي خلاص الغاصب عن يد المنصوب منه (خلفاً) أي حال كون القيمة خلفاً عن العين (لأنه) أي لأن رد القيمة (قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية) أراد أن الكمال في رد الصورة والمعنى .

(وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص) وهذا القول عكس القول الأول . والأول أصح ، لأن الموجب الأصلي لو كان القيمة ورد العين مخلصاً عنه كان للغاصب أن يقول خذ قيمة هذا المنصوب وهو جعل الدين وجب أصالة ، وهذا خلاف ما يقتضيه الكتاب ، لأنه أكل مال الغير بالباطل ، لأن المالك لم يرض إلا بعين حقه ، قال الله تعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ ٢٩ النساء .

(ويظهر ذلك) أي كون الموجب الأصلي قيمته ورد العين مخلصاً (في بعض الأحكام) منها إذا أبرأها الغاصب ، وعن الضمان حال قيام العين يصح ويبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يد لا ضمان عليه ، ولو لم يكن وجوب القيمة في هذه الحالة لما صح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح ، ومنها عن الكفالة لا تصح بالعين وتصح الكفالة بالمنصوب ، فلم أن الموجب الأصلي وهو القيمة ، وهما أن الغاصب إذا كان له نصاب في ملكه وقد

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد - التصرف باليد - اه مصححه .

والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن. فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها أو تقوم بينة ثم قضى عليه ببطلانها لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي أمراً عارضاً بخلاف الظاهر فلا يقبل قوله ،

غصب شيئاً فلا تجب عليه الزكاة إذا انتقض بالنصاب بمقابلة وجوب المنصوب عليه . والجواب عن مسألة الإبراء هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك ، فكان الإبراء صحيحاً من ذلك الوجه . وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمنصوب منها ، ألا ترى إلى ما قال شمس الأئمة البيهقي في كفايته رجل قال لآخر غصبني فلان عبداً فقال أنا ضامن العبد الذي تدعي فهو ضامن للعبد . فان مات أو استحقه آخر فهو ضامن بقيمته ، وعن مسألة الزكاة ما ذكرناه في مسألة الإبراء .

(والواجب الرد) أي رد المثل والقيمة للعين المنصوب إلى مالها (في المكان الذي غصبه) أي في المكان الذي غصب للمنصوب فيه (لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن) وكذا تفاوت المثل بتفاوت الأماكن ، ولو ذكره المصنف لكان أحسن وأكثر فائدة (فإن ادعى هلاكها) أي فإن ادعى الفاسد هلاك العين المنصوبة (حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها أو تقوم بينة) ومقدار ذلك مفوض إلى رأي الحاكم (ثم قضى عليه ببطلانها) البطلان يشمل المثل والقيمة (لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض) أي هلاك العين المنصوبة يكون بأمر عارض (فهو يدعي أمراً عارضاً) أي الفاسد يدعي أمراً عارضاً (خلاف الظاهر) لأن الظاهر بقاؤها (فلا يقبل قوله) .

وفي المبسوط غصب جارية ففيسها فأقام المنصوب منه بينة أنه قد غصبها فإنه يجب حتى يميها ففريدها . وقال أبو بكر الأعمش تأويل المسألة أن الشهود شهدوا على إقرار الفاسد بذلك ، لأن الثابت من إقراره بالبينة كالثابت بالمعينة . أما الشهادة على فعل الغصب لا يقبل مع جهالة المنصوب إذ لا يتمكن القاضي من القضاء بالجهول فلا بد من

كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه ،
فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة . قال
والغصب فيما ينقل ويحول ، لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون
غيره ، لأن إزالة اليد بالنقل ،

الإشارة في الدعوى والشهادة ، والأصح أن هذه الدعوة صحيحة لأجل الضرورة فيثبت
غصبه بالبينة كبقوته بإقراره فيحبس . ولو قال الغاصب ماتت أو بعته ولا أقدر عليها
تأزم القاضي يومين أو ثلاثة ، ومقدار التلوم مفوض إلى رأي القاضي . ولو رضي المالك
بالقضاء بالقيمة لا يتلوم .

وفي التخييرة ذكر محمد في السير أنه يقضى عليه من غير تلوم قيل في المسألة روايتان .
وقيل لكن ذكر في السير جواب الجواز بمناء لو قضى من غير تلوم جاز ، وما ذكر في
الأصل أن التلوم أفضل . وقال الشافعي « رح » القول للغاصب مع يمينه ، في لزوم البدل
وجهان ، أحدهما لا يلزمه حتى يصدقه المالك ، والثاني يلزم وهو الأصح ، وهذا بعد
الحبس ، وبه قال مالك وأحمد .

(كما إذا ادعى) رجل (الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه) من
الإفلاس ، وكذا الغاصب إذا ادعى الهلاك يحبس إلى أن يعلم ما يدعيه من الهلاك (فإذا
علم الهلاك سقط عنه رده) أي سقط عن الغاصب رد المنصوب عنه (فيلزمه رد بدله
وهو القيمة) أو رد مثله إن كان المنصوب من ذوات الأمثال كما عرف قبل .

(قال والغصب فيما ينقل ويحول) أي القدروري والغصب يتحقق فيما ينقل ويحول
فقوله والغصب مبتدأ ، وقوله فيما ينقل خبره ، وقوله ويحول عطف عليه .

فإن قلت النقل والتحويل واحد فما فائدة ذكرهما معاً . قلت التحويل هو النقل
من مكان واثبات في مكان آخر كما في تحويل الباذنجان والنقل يستعمل بدون
الإثبات في مكان آخر .

(لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه) أي فيما ينقل ويحول (دون غيره ، لأن إزالة اليد

وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه ، وهذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » ، يضمنه وهو قول أبي
يوسف الأول ، وبه قال الشافعي لتحقيق إثبات اليد ، ومن
ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين

بالنقل (أي لأن إزالة يد المالك لا يتحقق إلا بنقل المنصوب ولا نقل في العقار والغصب بدون الإزالة لا يتحقق (وإذا غصب عقاراً) في المغرب العقار الضيعة ، وقيل كل مال له أصل كالدار والأرض . وفي العباب العقار والأرض والضياع والنخل ، ومنه قولهم ماله دار ولا عقار (فهلك في يده) بأن غلب السيل على الأرض فيثبت تحت الماء أو غصب داراً فهدمت بآفة سماوية أو جاء سيل فذهب بالبناء (لم يضمنه) أي العقار (وهذا) أي عدم الضمان (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) .

(وقال محمد وهو قول أبي يوسف الأول ، وبه قال الشافعي) ومالك وأحمد الخلاف في الغصب لا في الإتلاف ، وصورة الخلاف ما ذكرناه وصورة الإتلاف بأن يهدم الحيطان أو عزقها أو كشط تراب الأرض أو ألقى الحجارة فيها أو نقص بفرسه أو بنائه فانه يضمنه بلاف خلاف . وقد اختلف عبارات مشايخنا في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ، فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ، ولكن لا على وجه يوجب الضمان ، إليه مال القدوري في قوله وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ، لأنه أثبت الغصب ونفى الضمان . وقال بعضهم لا يتحقق أصلاً وإليه مال أكثر المشايخ (لتحقيق إثبات اليد) بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك ، وهذا تعليل لمحمد « رح » ، وحده لأن عند الشافعي يتحقق الغصب بإثبات اليد بدون إزالة يد المالك .

(ومن ضرورته) أي ومن ضرورة إثبات اليد المبطل (زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين) أراد به المتناهي يد المالك ويد الغاصب ، لأن إحداها موجبة للضمان ، والأخرى ليست بموجبة ، بخلاف اجتماع اليدين الموافقتين فانه يجوز كالشريكين في عين

على محل واحد في حالة واحدة فتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه ، فصار كالمنقول وجحود الوديعة . ولهما أن الغصب إثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين ، وهذا لا يتصور في العقار ، لان يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي .

واحدة من جنس واحد احترز به عما إذا أجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة ، وفي يد الآخر حكماً لكنها يدان مختلفتان (على محل واحد في حالة واحدة) احترز به عما إذا كان على محلين أو في حالتين ، فان هذا لا يكون غصباً بأن ضرب على يد إنسان فوقعت درة من يده في الحجر أو ضرب على ظهره فطار طير كان على ظهره يجب الضمان وإن انعدم الإثبات ولو تجرد والإثبات عن إزالته لم يصح سبباً للضمان (فتحقق الوصفان) وهما إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب دل عليه قوله يتحقق كما في قوله تعالى ﴿ أعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ ٨ المائدة ، أي العدل أقرب للتقوى (على ما بيناه) يعني عنده على وجه يزيل يده (فصار كالمنقول) أي صار غصب العقار كنصب المنقول في تحقيق الموضعين (وجحود الوديعة) في العقار ، فانه إذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامناً بالاتفاق .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ، أي بفعل حاصل من الغاصب في العين صح المغصوبة ، تقريره (أن الغصب اثبات اليد بسبب إزالة يد المالك بفعل في العين) ولهذا إذا تجردت الإزالة عن الإثبات يصلح سبباً للضمان كما في الوديعة ، فانها إثبات اليد لكن لما لم يتضمن الإزالة لم يصلح سبباً (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار ، لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها) أي بإخراج المالك عن العقار ، وتأنيت الضمير بتأويل الصيغة والدار (وهو فعل فيه) أي الإخراج فعل في المالك (لا في العقار) فانتفت إزالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه (فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي) حتى تلفت ، فان ذلك لا يكون غصباً لها وبعد بتشديد العين ، وفي بعض النسخ أبعد من الإبعاد (وفي

وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ، ومسألة الجحود ممنوعة ،
ولو سلمت في الضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك

المنقول النقل فعل فيه (أى في المنقول (وهو الغصب) أي النقل من المالك هو الغصب
لأن فيه يتحقق معنى الغصب وهو تفويت يد الملك المعنى في المحل .

(ومسألة الجحود ممنوعة) أي جحود الوديعة العقار ، يعني لا نسلم
أنه إذا جحد الوديعة يضمن وذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف ، وإذا أودع
عند إنسان عقاراً فوجد عند أبي حنيفة لا يضمن. وذكر في المبسوط أنه لا يضمن عندهما
في الأصح . وقال الناطقي في كتاب الغصب من الأجناس كان شيخنا أبو عبد الله الجرجاني
يقول إنه على وجهين أن نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلك
ضمن وإن لم ينقلها عن موضعها حتى هلك لا يضمن .

(ولو سلمت) وجوب الضمان بجحود الوديعة (في الضمان هناك بترك الحفظ الملتزم
وبالجحود تارك لذلك) أي للحفظ الملتزم . وفي المبسوط إنما يتضمن بالمنع بعد الطلب
لا بالجحود وبالجحود يحصل المنع بعد الطلب . قيل ولو سلم أن الجحود غصب حقيقة كما
قال بعض أصحابنا ، ولكنه ليس بغصب موجب للضمان كغصب الحر والخنزير في حق
المسلم ، وهذا الموضع هو الذي وعد المصنف قبل باب السلم بقوله وبينه في الغصب عند
قوله ومن باع داراً لرجل فأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة « رح »
وهو قول أبي يوسف آخراً .

فإن قلت قوله ~~يعني~~ من غصب شيئاً من الأرض طوقه الله به يوم القيامة عن سبع
أرضين صريح في إطلاق اسم الغصب في الدور والعقار فلو لم يكن الغصب مستحقاً فيها
لم يطلق ، والكلام لحقيقة ما لم يقدح دليل الجواز . قلت الحديث لا يدل على ذلك ، لأنه
~~يعني~~ جعل جزاء غصب الأرض التطويق يوم القيامة . ولو كان الضمان واجباً لبينه لأن
الضمان في أحكام الدنيا ، والحاجة إليه أمس . والمذكور جميع جزائه . فمن زاد عليه
كان نسخاً ، وهذا لا يجوز بالقياس وإطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقيق الغصب
الموجب للضمان ، كما أنه ~~يعني~~ أطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حرّاً ولا يدل ذلك

قال وما نقص منه بفعله أو سكناء ضمنه في قولهم جميعاً ، لأنه
إتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه ، لأنه فعل في العين ،

على البيع الموجب لحكم على أنه جاء في الصحيحين الحكم بلفظ أخذ فقال من أخذ شيئاً من
الأرض ظمناً ، فإنه يطوقه الله به يوم القيامة من سبع أرضين فعلم أن المراد من الغصب
الأخذ ظمناً لا غصباً موجباً للضمان .

فإن قلت قوله ~~على اليد~~ على اليد ما أخذت حتى ترد يدل على ذلك بإطلاقه ، والتقييد
بالتقول خلافه . قلت هذا مجاز ، لأن الأخذ حقيقة لا يتصور في العقار ، لأن حد الأخذ
أن يصير المأخوذ تبعاً ليدّه ، لأنه مفعول فيه فكان منصرفاً إلى المتقول ضرورة لعمل
بالأخذ على حقيقته .

فإن قلت إزالة اليد ليست بشرط في الغصب ، كما لو ركب الدابة وهلك من غير
فعل فإنه يضمنها بالإجماع ، وكما لو هب داراً لرجل بما فيها من الأمتعة فهلكت الأمتعة قبل
أن ينقلها الموهوب له ، ثم استعقت الدار فلم يستحق أن يضمن الموهوب له بلا خلاف ،
والمسألة في الزيادات ولم تنزل إلا منفعة من يد المالك ليست بشرط . قلت قبل ذلك
الجواب غير مستقيم على أصل محمد ، لأنه وافقاً على أنه يضمنه بدون الفعل ، بل الجواب
فيه أن الواهب نقل يده إلى الموهوب له ويد الواهب في الأمتعة كانت مفوتة بيد المالك ،
فانتقلت بصفقتها والضمان في مسألة الراكب باعتبار الإتلاف لا بالغصب ، ولهذا لو ركب
أو تلف تحته يضمن ، والله أعلم .

(وقال وما نقص منه بفعله أو سكناء ضمنه في قولهم جميعاً) أي قال القدوري وما
نقص الغاصب من العقار بفعله بأن هدم شيئاً أو انهدم بسكناء ضمنه في قول أبي حنيفة
وأبي يوسف ومحمد والشافعي « رح » ، أما على قول محمد والشافعي فظاهر ، وأما على
قول أبي حنيفة وأبي يوسف فكذلك (لأنه إتلاف ، والعقار يضمن به كما إذا
نقل ترابه لأنه فعل في العين) فيكون إتلافاً فيجوز أن يضمن بالإتلاف ولا
يضمن بالغصب .

(ويدخل فيما قاله) أي الذي قاله القدوري من قوله ومن نقصه منه بفعله إلى آخره

ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكتناه وعمله ، فلو غصب داراً
وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر تعصب البائع ولا بينة
لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح .

(إذا انهدم الدار بسكتناه وعمله) بأن يحمل الحدادة والتقصارة ، وقيد بقوله بسكتناه
وعمله ، لأنه لو انهدم بغير سكتناه وفعله بأفة سماوية لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف .
فان قلت كيف يعرف نقصان الأرض . قلت قيل ينظر بكم تستأجر قبل أن
تزرع وكم تستأجر بعد . وقيل بكم تباع قبل ذلك وكم تباع بعده فيغرم ما بين
ذلك من النقصان .

(فلو غصب داراً وباعها وسلمها) ذكر هذا تقريباً على مسألة القدوري فلذلك ذكره
بالغاء ، وهي من مسائل الأصل ، ومعناه إذا باعها ثم اعترف بالغصب ، وهو معنى قوله
(وأقر بذلك) أي بالغصب (والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار)
على أنها ملكه قيد به ، لأنه إذا كان له بينة لا ضمان على البائع بالاتفاق ، لأنه يمكنه أخذ
دار بالبينة (فهو على الاختلاف) المشهور (في الغصب) أي في غصب العقار فعند أبي
حنيفة وأبي يوسف « رح » لا ضمان عليه خلافاً لحمد وزفر والشافعي (هو الصحيح)
احترز به عما قال بعضهم أنه يجب على الكل هنا الضمان بالبيع والتسليم بالاتفاق ، ألا
تري إلى ما قال الحكم الشهيد في كافيه رجل غصب دار رجل فباعها وتسلمها ثم أقر بذلك ،
وليس لرب الدار بينة . قال لا ضمان على الفاسد لأنه لم يغيرها عن حالها . وقال أبو
يوسف أنا أراه ضامناً قيمتها استحسن ذلك ، وهو قول محمد ، رجع أبو يوسف عن هذا
إلى قول أبي حنيفة أنه لا ضمان عليه .

فان قيل إذا شهد بدار الإنسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للشهود عليه
بالاتفاق وإتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ، ولا ضمان على بائعه عندهما . وأجيب
بأن مسألة الشهادة على قول محمد « رح » وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين
المسألتين أن إتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما ، حتى لو أقام البينة على الملك

قال وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان لأنه أتلف البعض
فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل . قال وهذا عند أبي حنيفة
ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف «رح» لا يتصدق بالفضل
وسنذكر الوجه من الجانبين . قال وإذا هلك النقلي في يد الغاصب
بفعله أو بغير فعله

لنفسه لا تقبل بينته والمقار يضمن بالاتلاف . وأما في مسألتنا فالإتلاف لم يحصل بالبيع
والتسليم بل يعجز المالك عن إثبات ملكه بيته ، ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه ملكه
قضى له بها ، فلهذا لا يكون البائع ضامناً .

(قال وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان) أي قال في الجامع الصغير ، وإذا انتقص
بالزراعة ، يعني المقار المنصوب والمكان المنصوب بالزراعة ضمن النقصان ولا يعلم فيه
خلاف ، وقد مر تفسير النقصان عن قريب . وقال السعدي إن كان عرف أهل تلك
القرية أنهم يزرعون أرض الغير بغير إذنه على وجه المزارعة من غير إذن وعقد لرب
الأرض أن يطالبه بحصة الأرض . وذكر أبو الليث في هذه الصورة الزرع للزارع وعليه
نقصان الأرض (لأنه أتلف البعض) أي بعض الأرض والمقار يضمن بالاتلاف بلا خلاف
(فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل) أي يأخذ الغاصب رأس ماله ، وهو البذر وما
أنفق وما غرم ، أي قدر ما غرم من نقصان الأرض ويتصدق بما زاد ، لأنه مستفاد كسب
خبيث صورة مثلاً خرجت أربعة أكرار ونقصتها الزراعة وبذره كر ولحقته مؤنة ، وقدر
قيمة النقصان كر فالفضل الخارج عن رأس ماله كر فيتصدق .

(قال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) أي وجوب التصديق بالفضل عندهما
(قال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل) لأن النهي عنه ربح ما لم يضمن ، وهو قد ضمن
(وسنذكر الوجه من الجانبين إن شاء الله تعالى) أي عند قوله ومن غصب عبداً
فاستغله فنقصه .

(وقال وإذا هلك النقلي) أي الذي ينقل (في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله

ضمنه . وفي أكثر نسخ المختصر ، وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل ، وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب ، وعند العجز عن رده تجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ، ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب ، وإن نقص في يده ضمن النقصان ،

ضمنه) لأن الغصب فيما ينقل على ما مر (وفي أكثر نسخ المختصر) أى القدوري (وإذا هلك الغصب) أى المصوب (والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أى يكون فيما ينقل ، لأنه لا يتصور في غير المنقول والمصوب مضمون عليه لجرد الغصب على معنى أنه يجب رده وإن كان قائماً ومثله في التلي إن كان مالكا ، وقيمه إن لم يكن مثليا ، فإذا كان الضمان بالغصب تقرر الضمان بالهلاك فلم يتفاوت بين أن يكون هلاكه بفعله أو بغير فعله ، ولهذا وجب عليه قيمته يوم الغصب .

(وهذا) أى وجوب الضمان (لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق ، إذ هو) أى الغصب (السبب) أى سبب الضمان على ما قرأناه آنفاً (وعند العجز عن رده) أى رد المصوب عنه (تجب رد القيمة) هذا على قول من قال إن الموجب الأصلي في الغصب رد العين (أو يتقرر بذلك السبب) أى وتقرر القيمة بذلك السبب هذا على قول من قال الموجب الأصلي هو القيمة ، وإنما ذكر كلامه بالترديد تنبيهاً على ما ذكر يقبل هذا من اختلاف المشايخ في الموجب الأصلي (ولهذا) أى ولكون للغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) فلم أن الموجب الأصلي هو القيمة .

(وإن نقص في يده ضمن النقصان) أى إذا رد المصوب بعدما نقص في يده يلزم النقصان ، سواء كان النقصان في يده بأن كانت جارية فأعورت أو شابة صارت عند الغاصب عجوزة أو ناهدة الثديين وانكسر ثديها ، أو لم يكن في يده بأن كان عبداً محترفاً نسي ذلك عند الغاصب أو قارئاً نسي القرآن ففي هذا كله يضمن النقصان ولا يعلم فيه خلاف ، هذا إذا كان النقصان يسيراً ، أما إذا كان كثيراً يتخير المالك بين الأخذ وتضمين النقصان والترك مع تضمين جميع قيمته ، كذا في المبسوط

لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب
رد قيمته ، بخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب ، لأنه
عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء ، وبخلاف المبيع ،
لأنه ضمان عقد ، أما الغصب فقبض ،

وعند الثلاثة للمالك أخذ العين مع قيمة النقصان ، سواء كان فاحشاً أو يسيراً (لأنه دخل
جميع أجزائه في ضمانه بالغصب) أى لأن الشأن دخل جميع أجزاء المنصوب في ضمان
الفاصل بسبب الغصب .

(فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) أى فكل جزء من أجزاء المنصوب تعذر رد
عينه يجب رد قيمته . وأما إذا تجبر نقصانه مثل أن ولدت المبيعة عند الفاصل
فردما وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الفاصل شيئاً عندنا خلافاً
لزفر رحمه الله .

(بخلاف تراجع السعر) أى لا يضمن الفاصل ما نقص من قيمته بتراجع السعر بلا
خلاف بين العلماء (إذا رد في مكان الغصب) قيد به لأنه إذا لم يكن فيه تجبر المالك
بين أخذ القيمة والانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان ، فيسترده لأن النقصان دخل من
قبل الفاصل بنقله إلى هذا المكان ، فكان له أن يلزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله أن
ينتظر (لأنه) أى لأن تراجع السعر (عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء) لأن
فتور الرغبات شيء أحدثه الله في قلوب العباد ، فلا يوجب ذلك تغيير الأحكام .

(وبخلاف المبيع) على قوله بخلاف تراجع السعر ، يعني إذا نقص شيء من قيمة المبيع
في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه ، حتى
لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وإن فعش النقصان ، كما لو
اشترى جارية بمائة مثلاً فأعورت في يد البائع فصارت تساوي خمسين كان المشتري غيراً
بين امضاء البيع وفسخه ، فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط (لأنه
ضمان عقد) أى لأن ضمان المبيع ضمان عقد ، والأوصاف لا تضمن بالمقد (أما الغصب

والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف . قال « رض »
ومراذه غير الربوي ، أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع
استرداد الاصل لانه يؤدي إلى الربا . قال ومن غضب عبداً فاستغله

فقبض) لانه فعل على الذات بجميع أجزائها وصفاتها ، فكانت مضمونة ، وهو معنى
قوله (والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد) أى لا يضمن بالعقد ، لأن العقد يرد على
الأعيان لا على الأوصاف (على ما عرف) عند قوله إن الغصب اثبات اليد بازاليد المالك
بفعل في العين .

(قال ومراذه غير الربوى) أى قال المصنف رحمه الله ومراد القدورى بقوله وإن
نقص في يده ضمن النقصان غير المال الربوى (أما في الربويات) أى أما في الاموال
الربويات والاموال الربويات التي لا يحوز بيعها يحنسها متفاضلا (لا يمكنه تضمين النقصان
مع استرداد الاصل لانه يؤدي إلى الربا) لانه إذا كان المصنوب من الاموال الربوية
لا يحوز له تضمين النقصان إذا أخذ العين احترازاً عن الربا .

وقد قال الكرخي في مختصره وإن كان مما لا يحوز بيعه يحنس متفاضلا مثل أن
يفصب حنطة وصب فيه ماء أو غير ذلك من الحبوب أو يفصب إناء فضة أو درهم أو دنانير
فيتشتم الإناء من يده أو يكسر الدراهم فتصير علة أو الدنانير فتصير قراضة ، فإن صاحب
ذلك بالخيار إن شاء أخذ ذلك لا شيء له غيره ، وإن شاء تركه وحنسه مثل قيمته من
الذهب ، وكذلك إذا كان الإناء من ذهب فهو بالخيار إن شاء أخذه بعينه ، وإن شاء أخذ
قيمه من الفضة ، وكذلك يلزمه الصفر والنحاس والشبه والرياص . وفي المبسوط
استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً . وقال الشافعي « رح » يضمن قيمته .
ولأصحابه فيه وجهان أصحهما أنه يضمنه يحنسه وتكون الزيادة بمقابلة الصنعة ، وبه قال
الحنبلي ، لأن الربا يجري في المقود لا في الغرامات . وفي وجه يضمن نقصه بغير
جنسه ، وبه قال .

(قال ومن غضب عبداً فاستغله) هذا لفظ الصدر الشهيد حسام الدين في الجامع

فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ، ويتصدق بالغلة . قال « رض »
وهذا عندهما أيضاً ، وعنده لا يتصدق بالغلة ، وعلى هذا الخلاف
إذا أجر المستعير المستعار لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه ،
أما الضمان فظاهر ، وكذلك الملك في المضمون ، لأن المضمونات تملك
بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا . ولهما أنه حصل بسبب

الصغير ، ومعنى استغله أجره وأخذ الاجرة (فنقصته الغلة) أي العمل في الاجارة جعله
مehzola . وفي المبسوط لم يذكر نقص الغلة (فعليه النقصان لما بينا) أي عند قوله لأنه
دخل جميع أجزائه في الضمان بالغصب ، ويحوز أن يكون بيان ، ويحوز أن يكون
إشارة إلى قوله لأنه أتلّف البعض والغلة للغاصب . وقال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله
لأن الأجر عوض للمنافع المملوكة لرب العبد فلم يملكها الغاصب . قلنا وجوب الاجرة بالعقد
لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والعاقدة هو الغاصب فهو الذي جعل منافعه بالعقد مالا فكان
هو أولى ، لكن يتصدق بها إشارة إليه بقوله (ويتصدق بالغلة) لأنها حصلت
بكسب خبيث .

(قال وهذا) أي قال المصنف يتصدق بالغلة (عندهما أيضاً) أي عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله (وعنده) أي وعند أبي يوسف (لا يتصدق بالغلة) لأنه يطيب له ،
وهذا قوله الأول . وقوله الآخر مثل قولهما ، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله

(وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور (إذا أجر المستعير المستعار) وأخذ
اجرته لا يطيب له عنده خلافاً لأبي يوسف « رح » ، وكذا على الخلاف لو أجر المودع
الوديعة (لأبي يوسف « رح » أنه حصل في ضمانه وملكه ، أما الضمان فظاهر ، وكذا
الملك في المضمون ، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا)
أي حال كون التملك مسنداً إلى وقت الضمان فيكون مالكا تملك من وقت الضمان ،
فيطيب له ككسبه المبيع بعد القبض .

(ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أنه) أي أن الغلة وتذكير الضمير باعتبار

خبيث وهو التصرف في ملك الغير ، وما هذا حاله فسيبيله التصديق إذ
الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به
الخبث . فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في
أداء الضمان ، لأن الخبث لأجل المالك ، ولهذا لو أدى إليه يباح له
التناول فيزول الخبث بالأداء إليه ،

الكسب (حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير) والحكم ثبت مضافاً إلى
سببه فلا بد من ثبوت الخبث فيها بحكم ذلك السبب (وما هذا حاله) ما بمعنى الذي ، وهذا
إشارة إلى قوله وهو التصرف في ملك الغير (فسيبيله التصديق إذ الفرع يحصل على وصف
الأصل) أصله حديث الشاة المصلية على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى (والملك المستند
ناقص فلا ينعدم به الخبيث) فأجاب بقوله الملك المستند إلى الضمان ناقص ، يعني في
كونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه ، ولهذا يظهر في حق القائم دون الغائب فلا
ينعدم به الخبث .

(فلو هلك العبد بيد الغاصب) سواء كان بفعله أو بفعل غيره (حتى ضمنه) أي حتى
ضمن الغاصب العبد (وله) أي الغاصب (أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لأن ما ملكه
والخبث حق المالك ، أشار إليه بقوله (لأن الخبث لأجل المالك ، ولهذا) أي ولأجل
كون الخبث حق المالك ولم يقل لكونها ملكاً له (لو أدى) أي الغاصب الغلة (إليه)
أي إلى المالك مع أداء العبد (يباح له تناول فيزول الخبث بالأداء إليه) أي إلى المالك ،
لأن الخبث كان لحق المالك فيزول بالصرف إليه . قيل هذا إذا كان فقيراً ، وإن كان غنياً
فيه روايتان . قال شيخ الإسلام رحمه الله علي الدين الاسبيجاني (١) في شرح الكافي

(١) الاسبيجاني اثنان في معجم المؤلفين ، أما صاحب شرح الكافي فهو أبو نصر
أحمد بن منصور ، أما الآخر فهو بهاء الدين علي بن محمد ، ولا يوجد من إسمه على الدين
لكن المؤلف يذكر من إسمه علاء الدين ولم أجد له تعريفاً ، اهـ مصححه .

بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الحبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه ، فلو أصاب ما لا يتصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال ، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا

والصحيح أنه يحوز الصرف إلى المالك وإن كان غنياً عوضاً عن الهلاك لما قلنا .
(بخلاف ما إذا باعه) هذا يتعلق بقوله فان هلك العبد في يد الغاصب ، يعني إذا باع الغاصب العبد المصوب بعد الاستقلال (فهلك في يد المشتري) أي فهلك العبد في يده (ثم استحق) أي العبد بأن ظهر له مستحق (وغرمه) أي غرم المشتري العبد ، أي قيمته (ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه) أي ليس للبائع أن يستعين بغلة العبد في أداء الثمن إلى المشتري (لأن الحبث ما كان لحق المشتري) حتى يزول بالصرف إليه ، بخلاف الأول ، لأن الحبث فيه لحق المالك فيزول بوصول الغلة إليه .
(إلا إذا كان) أي الغاصب (لا يجد غيره) أي غير الغلة بتأويل الكسب أو الاجر أو المال (لانه محتاج إليه) لتفريغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس (وله) أي وللمحتاج (أن يصرفه إلى حاجة نفسه) وهو أولى بذلك ، لانها ملكه وإن كان فيه خبث (فلو أصاب مالا) يعني لو أصاب مالا ، بعد أن صرف الغلة عن الضمان (يتصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن .

(وإن كان فقيراً) يوم استهلك الثمن (فلا شيء عليه) يعني ليس عليه أن يتصدق بشيء من ذلك (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لانه محتاج إليه ، كذا قال الاترازي . وقال الكاكي هذا إشارة إلى قوله وما هذا حاله فسيبيله التصدق . وفي الذخيرة هذا إذا أجر الغاصب العبد أما إذا أجر العبد نفسه صحت الإجارة ، فإنه يأخذ العبد الاجرة يأخذها المالك مع العبد بلا خلاف لاحد ، ولو أخذه الغاصب من العبد وأتلفه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا يجب عليه الضمان ، وبه قالت الثلاثة لانه أتلف مال الغير

قال ومن غصب ألفاً فاشتري بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح ، وهذا عندهما . وأصله أن الغاصب والمودع إذا تصرف في المنصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما ، خلافاً لأبي يوسف «رح» ، وقدمرت الدلائل . وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه . ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة ،

وله نعم أنه مال المالك ، ولكنه لا عصمة له في حق الغاصب ، فأشبه نصاب السرقة بعد القطع . (قال ومن غصب ألفاً) أى قال في الجامع الصغير (فاشتري بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح ، وهذا عندهما) أى يتصدق بجميع الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه ملك خبيث ، وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد في رواية ، وبعض أصحاب مالك «رح» وقال الشافعي «رح» في القديم وأحمد «رح» الربح للمالك والمشتري ملكه . ولو دفع الملك من الحر إلى آخر مضاربة فالحكم في الربح على ما ذكرنا من الخلاف ، وليس للمالك من أجر العامل شيء عند أحمد ، لأنه لم يأذن له العمل في ماله ولا على الغاصب إن كان المضارب عالماً بالنصب وأن يعلم لزم أجر عمله على الغاصب كالعقد الفاسد .

(وأصله) أى أصل الخلاف (أن الغاصب و المودع إذا تصرف في المنصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافاً لأبي يوسف ، وقد مرت الدلائل) أى في مسألة ومن غصب عبداً فاستغله (وجوابهما) أى جواب أبي حنيفة ومحمد «رح» (في الوديعة أظهر ، لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان ، فلم يكن التصرف في ملكه) فيكون الربح خبيثاً .

(ثم هذا) أى عدم طيب الربح (ظاهر فيما يتعين بالإشارة) كالمرحى ، لان العقد

أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن ، أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها ، وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً ونقد منها يطيب له ، وهكذا قال الكرخي «رح» ، لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث . وقال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكذا بعد الضمان بكل حال ، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين

يتعلق بها حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع فيستفيد الرقبة واليد في المبيع بملك خبيث فيتصدق به (أما فيما لا يتعين كالثمنين) أى الدراهم والدنانير (فقوله في الكتاب) أى قول محمد في الجامع الصغير (اشترى بها إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن) قال فخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة تدل على أنه أراد بها .

(أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها ، وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقاً ونقد منها يطيب له) وهذه أربعة أوجه ، ففي واحد منها لا يطيب . وفي الباقي يطيب وذكر في المبسوط وجهاً آخر لا يطيب فيه أيضاً ، وهو أنه دفع إلى البائع تلك الدراهم أو لآثم اشترى منه بتلك الدراهم (وهكذا قال الكرخي «رح») أراد أن هذا التفصيل في الجواب هو قول الكرخي (لان الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين) يستوى وجودها وعدمها فعند ذلك (لا بد أن يتأكد بالنقد) منها (لتحقيق الخبث) والفتوى على قول الكرخي ، ذكره في التتمة والذخيرة لكثرة الحرام دفعاً للخرج عن الناس .

(وقال مشايخنا «رح» لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكذا بعد الضمان بكل حال) أى في الوجوه كلها (وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين) أى في الجامع الكبير

والمبسوط . قال وإن اشترى بالآلف جارية تساوي الفين فوهبها .
أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء ، وهذا قولهم جميعاً ، لأن الربح
إنما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

قال وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب

والجامع الصغير (والمضاربة) أى وفي المضاربة من كتاب المبسوط حيث قال يتصدق
بجميع الربح مطلقاً .

(قال وإن اشترى بالآلف جارية) أى قال في الجامع الصغير وإن اشترى الغاصب
بالآلف المغصوبة والحرام جارية (تساوي ألفين فوهبها ، أو طعاماً) أى أو كان طعاماً
(فأكله لم يتصدق بشيء) بل يرد عليه مثل ما غصب (وهذا قولهم جميعاً ، لأن الربح
إنما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الأصل ، وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلا يظهر
الربح . وفي جامع أبي اليسر هل يباح له الوطء والأكل الصحيح أنه لا يباح ، لأن في السبب
نوع خبث ، ولهذا المعنى بعض الظلمة الذي فيهم قليل تقوى يشترى الأشياء نسبة
ويصرفونها إلى حوائجهم ، ثم يقضون الأثمان .

وفي جامع المحبوبي وفوائد أبي سماعة غصب ثوباً أو كراً فاشترى به طعاماً لا يسهه
أن يأكل حتى يؤدي قيمته بالثوب أو مثل الكبر . ولو غصب دراهم فاشترى بها طعاماً
وسعه أكله ، لأن الثوب إذا استحق ينتقض البيع ، بخلاف ما إذا استحققت الدراهم .
ولو اشترى الثوب والكبر المغصوبين جارية لا يحل له وطؤها . أما لو تزوج بالثوب أو
بالكبر حل وطؤها ، لأن باستحقاق المهر لا ينتقض النكاح .

(فصل فيما يتغير بفعل الغاصب)

لما ذكر حقيقة الغصب وحكمه أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه
عارض ، وحقه الفصل .

(قال وإذا تغيرت العين المغصوبة) أى قال القدوري رحمه الله (بفعل الغاصب) قيد

حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المخصوب منه عنها وملكها
الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن
غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها

به احترازاً عما إذا تغير بدون فعله ، كما إذا صار الغنـب زبيـباً أو خلا بنفسه والحليب لبناً
والرطب تمرأ فالملك بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه. ولو صار الغنـب زبيـباً
يحمـله ملكه ، كذا في فتاوى العتـابي (حتى زال اسمها) احتـرز به عن غصب شاة
وذبحها ، حيث لم يزل ملك مالـكها ، لأنه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة ، شاة حية
(وأعظم منافعها) وذكر هذا ليتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها ، فإن المقاصد المتعلقة
بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكاً ونشاً وبذراً وغيرها يزول بالطحن ، والظاهر
أنه تأكيد ، لأن قوله زال اسمها تناوله ، فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقاً لا حنطة ،
ومثل ذلك بقوله كمن غصب شاة ... إلى آخره (زال ملك المخصوب منه عنها) حتى
لو أراد أن يأخذ عين الدقيق مثلاً ليس له ذلك (وملكها الغاصب وضمنها فلا يحل له
الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) أي بدل العين المخصوبة وهو المثل أو القيمة .

(كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) هذا مثال لتغير العين المخصوبة ، وقيد
بالشي والطبخ احترازاً عما إذا ذبحها ولم يشو ولم يطبخ ، حيث لا ينقطع حق المالك عنها ،
ولهذا قال ظهير الدين اسحاق بن أبي بكر الوالوجي في فتاواه ولو غصب شاة فذبحها
فالملك بالخيار إن شاء أخذها ولا شيء له ، غيرها ، لأن الذبح تقريب إلى مقصود وهو
اللعـم ولا يـعد غصباً ، وإن شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب لأجل التبديل ، وكذا إذا سلخها
واربها ولم يشوها ، وقال محمد إن شاء أخذ الشاة وضمنه النقصان وهذا أصح ، لأن بعض
المنافع تقوت بالذبح ، انتهى .

(أو حنطة فطحنها) أي أو غصب حنطة فطحنها فصارت دقيقاً . وقال الكرخي
وإذا غصب حنطة فطحنها فإن أبا حنيفة ومحمد قالوا لا سبيل لرب الحنطة على الدقيق ،
وهو كذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة « رح » ، وعلى الغاصب حنطة التي غصب .
وقال ابن سماعة عن أبي يوسف « رح » لا يأخذ المخصوب منه الدقيق مكان الحنطة ،

أو حديداً فاتخذهُ سيفاً ، أو صفراً فعمله آنية ، وهذا كله عندنا . وقال
الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف

لكن أبيع الدقيق واشترى له حنطة مثل حنطته وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن
مات الغاصب ، لأنه شبه وهو أحق به من غيره ، ولذلك لو غصب دقيقاً فخبزه أو غزلاً
ففسجه أو قطناً ففرزله ونسجه فهو مثل ذلك يباع له ذلك فيعطى مثل قطنه ومثل طعامه
إن أبى الغاصب أن يدفع إليه ذلك .

وروى ابن سماعة عنه في موضع آخر أن رب الحنطة بالخيار إن شاء ضمنه حنطة
مثل حنطته ودفع إليه الدقيق ، وإن شاء أخذ ذلك الدقيق وإبراء الطاحن لأن متاعه
بعمينه ، قال خالف أبو حنيفة رحمه الله في هذا وجعله بالخيار على ما وضعت ، وكذلك إن
وهبه الغاصب أو باعه أو تصدق به ، فإن ذلك كله باطل ، ولرب الطعام أن يأخذ
شبه بعينه ، وكذلك لو غصبه لحماً فشواه أو طبخه ، وكذلك لو غصبه سمساً أو زيتوناً
فمصره ، وكذلك لو غصبه تراباً فلتته أو طبخه آجراً أو اتخذ منه آنية الخزف ، أو جعله
جباباً قال فإن لم يكن للتراب ثمن فلا شيء عليه ولا بأس بأن ينتفع به .

فإن غصب طعاماً فزرعه فإن عليه مثله في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويتصدق
بفضله . وفي قول أبي يوسف لا يتصدق بفضله ، ولا بأس بأن ينتفع به قبل أن يرضى
صاحبه ، وكذلك نوى غرسه واتخذ منه نخلاً فهو ضامن لقيمته . قال وكذلك صنوف
الشجر ، انتهى كلام الكرخي . وكذلك لو غصب بيضاً فحضره فصار دجاجاً أو غصب
زيتاً فجعله في بزر له كثير فغلب عليه البزر فصارا بزراً ، أو غصب عصفراً فصبغ به فلا
سبيل لصاحب هذه الأشياء على شيء مما ذكرناه ، ولكن يضمن الغاصب حقه الذي غصبه
إياه ولا شيء له من ذلك .

(أو حديداً فاتخذهُ سيفاً ، أو صفراً فعمله آنية) أي أو غصب حديداً فاتخذهُ
سيفاً ، أو غصب صفراً فعمله آنية ، والصفير بالكسر . قال أبو عبيد الصفير بكسر الصاد
وهو الذي يعمل منه الأواني . قلت هو نوع من النحاس وهو الأصفر في لون الذهب (وهذا
كله عندنا) يعني زوال قملك المالك وقملك الغاصب وضمانه عندنا .

(وقال الشافعي « رح » لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف « رح »)

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده ، لأنه يؤدي إلى الربا ، وعند الشافعي « رح » يضمنه ، وعن أبي يوسف « رح » أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته . للشافعي « رح » ، أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة ، كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة الغير فطحنت ، ولا معتبر بفعله ،

وهو قول أحمد « رح » أيضاً (غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده) أي عند أبي يوسف (لأنه يؤدي إلى الربا) لأنه يأخذ عين حقه مع شيء آخر ، إذ الدقيق هو عين الحنطة ... لأن عمل الطحن وتفريق الآخر لا في أحداث مالم يكن موجوداً ، وتفريق الآخر لا يبدل العين كالقطع في الثوب ، ألا ترى أن الربا يجري بينها ولا يجري الربا إلا باعتبار المجانسة .

(وعند الشافعي « رح » يضمنه) أي النقصان ، لان على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الاموال الربوية جائز ، وهو رواية (عن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه ، وهو أحق به من الغرماء بعد موته) فيشتري له به حنطة مثل حنطته ، فلو مات الغاصب فالمالك أحق به من سائر الغرماء ، لانه زال ملكه وبده بسبب لم يرض به . وفي الإيضاح عن أبي يوسف ثلاث روايات ، أحدها كقولها وقد ذكرناها .

(للشافعي أن العين باق فيبقى على ملكه) هذا عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا ، وتقريره أن بقاء العين المغصوبة يوجب بقاءها على ملك المالك لا الموجب الاصل في الغصب رد العين عند قيامه ، ولولا بقاءه على ملك المالك لما كان كذلك ، والعين باق فيبقى على ملكه (وتتبعه الصنعة) الحادثة ، لانها تابعة للأصل فالمالك صاحب الاصل والمغاصب الشفعة فيترجح صاحب الاصل على صاحب التبعية .

(كما اذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة الغير فطحنت) فان الدقيق يكون للمالك الحنطة ، كذلك هذا (ولا معتبر بفعله) هذا جواب عما يقال أن مثل هذا تمثيل

لأنه محظور فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف ، فصار كما إذا
انعدم الفعل أصلاً وصار كما إذا ذبح الشاة المفصوبة وسلخها وأربها .
ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فصير حق المالك هالكاً من وجه
ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد

فاسد ، لأنه تحلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به ، أجاب بقوله ولا
معتبر بفعله (لأنه محظور) أي حرام (فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف) في الأصول
أن الفعل المحظور لا يصلح سبباً للنعمة وهو الملك (فصار كما إذا انعدم الفعل أصلاً)
وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة (وصار كما إذا ذبح الشاة المفصوبة
وسلخها وأربها) بفتح الراء المشددة من التأريب ، أو جعلها عضواً عضواً ، فإن فعل الغاصب
فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظوراً .

(ولنا أنه) أي الغاصب (أحدث صنعة متقومة) لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها
وشبها ، وكذلك قيمة الحنطة تزداد يحملها دقيقاً وأحداثها (فصير حق المالك هالكاً من
وجه) لأن قيام الشيء إنما يعرف بصورته ومعناه وقد فقدت الصورة .

(ألا ترى أنه تبدل الاسم) وتبدل الاسم يدل على تبدل العين ، فكأنه لم يبق العين
الأولى (وفات معظم المقاصد) فإن المطلوب من عين الحنطة الزراعة والقلي واتخاذها
هريسة ، وبالطحن بطل هذا المقصود .

فإن قلت المقصود الأصلي في الحنطة وسائر المغمومات التقذي بها ، فإن الله عز وجل
ما خلقها إلا لمصالح الأنفس لتكون عدة لها ، وبإزراعة استدامتها فكانت وسيلة إليه ،
وبالطحن لم يفت ما هو المقصود ، ولهذا يجري الربا بين الحنطة والدقيق ، ولا ربا بين
الحنطة والدقيق ، ولا ربا بين الحنطة والدقيق ولا ربا بدون المجانسة ، فإذا بقي ما هو المقصود
لا يكون معظم المقاصد فائتاً قلت لا شك في فوات الصورة فيفوت المعنى ، لأن معنى الشيء قائم
بصورته ، ولا نسلم أن المقصود هو الاكل ، إذ المقلد اعتادوا أكل عين الحنطة ، بل بعد
القلي ، واتخاذها هريسة أو خبزاً يستدعي وجود الدقيق بوجود الحنطة ، فكانت

وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت
من وجه ، ولا نجعله سبباً للملك من حيث أنه محظور ، بل من حيث
انه إحداث الصنعة ،

الوسيلة إلى هذا المقصد الأصلي من غير الحنطة هو الزراعة ، وكذلك المقصود من عين
السهم هو الزراعة ، ومن عين العنب وجريان الربا بشبهة المجانسة من حيث الصورة ،
ومبناه على الإحتياط .

(وحقه في الصنعة قائم من كل وجه) هذا جواب عن قوله العين باق فيبقى على
ملكه ، تقريره أن حق الغاصب أولى باعتباراه ، لان حقه قائم في الصفة من كل وجه ، أي
انها موجودة من كل وجه فلا يضاف حدوثها إلى صاحب العين ، بدليل أن المنصوب منه
إذا اختار أخذ الدقيق يجب عليه أجره الطحان ، وكذلك لا يأخذ الثوب إلا ويمطيه
ما زادت الصنعة فيه من الخياطة ، وحق الآخر في المصنوع قائم من وجه هالك من وجه ،
لان حقه في الثوب والثوب ثوب بالتركيب ، والتركيب بالقطع زال من وجه وبقي من وجه ، فلو
زال كله لذهب ملكه ، وكذلك بعض المنافع القائمة زال بالقطع وحدث بالخياطة ما لم
يكن ، وهذا كمن غصب ابريساً فغطا بطن نفسه أو شاة لم يجز نزع الابريس لانه
هالك من وجه ، (فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه) أي اذا كان كذلك
فيترجح حق الغاصب على الأصل وهو حق المالك الذي هو فائت من وجه ، لأن للصناعة
قائمة بذاتها من كل وجه ، والعين هالكة فصارت الصنعة راجعة في الوجود ، وترجيحه
يرجع إلى الحال ، وترجيحنا إلى الوجود ، فالرجحان في الذات أحق من الحال
لأنها تابعة للذات .

(ولا نجعله سبباً للملك) هذا جواب عن قوله ولا معتبر بفعله ، لأنه محظور ، تقريره
أننا لا نجعل فعل الغاصب من الطعن وغيره سبباً (من حيث أنه محظور ، بل من حيث
أنه إحداث الصنعة) المتقومة إذ إحداث الصنعة مشروع في نفسه ، وإنما حرم ها هنا
بأن جعل مال الغير بمنزلة آله له ، فأشبه الاحتطاب بقدم الغير والاصطياد بقوم الغير .
(بخلاف الشاة) هذا جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح الشاة المغسوبة ، تقريره أن

بخلاف الشاة ، لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ ، وهذا الوجه
يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه . وقوله ولا يحل
له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحساناً ، والقياس أن يكون له
ذلك وهو قول الحسن وزفر « رح » ، وهكذا عن أبي حنيفة « رح » ،

العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه تبدل الاسم والشاة ليست كذلك (لأن اسمها
باق بعد الذبح والسلخ) حيث يقال شاة مذبوحة ومسلوخة ، كما يقال شاة حية .

فإن قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأرية ، بل يقال لحم مأرب ، فقد
حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك . أجيب بأنه كذلك إلا أنه لما ذبحها فقد
أبقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها ، إذ معظم المقصود منها اللحم ثم
السلخ ثم التأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح ، بل يحققه فلا يكون تبديل
العين ، بخلاف الطبخ بعد ، لأنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن
لصاحبها أن يأخذها .

(وهذا الوجه) أي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم الانقطاع ، وبفوات الاسم
على الانقطاع (يشمل الفصول المذكورة) أي التي ذكرها القدوري من غصب الشاة
وذبحها وغصب الخنطة وطحنها ، وغصب الحديد والنخاض سيفاً ، وغصب الصفر وعمله
آنية (ويتفرع عليه غيرها) أي على الفصول المذكورة غيرها مثل خبز الدقيق ونسج
الغزل وغزل اللقطن وعصر السمسم ، فإنه يقطع حق المالك عندنا خلافاً للشافعي ومن
تابعه (فاحفظه) أي فاحفظ الذي يتفرع عليها واستخرجه بالقياس .

(وقوله) أي وقول القدوري (لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحساناً)
فيه إشارة إلى أنه لا يحل له الانتفاع بالقضاء وقد نص في المبسوط أنه يحل بالقضاء ، لأنه
بمنزلة الأداء لحصول رضى المالك عنده ، لا يقضي إلا بطلبه .

(والقياس أن يكون له ذلك) أي الانتفاع قبل أدائه البذل (وهو قول الحسن وزفر
« رح » ، وهكذا عن أبي حنيفة ، رواه الفقيه أبو الليث) قال الفقيه أبو الليث في باب

رواه الفقيه أبو الليث «رح» . ووجهه ثبوت الملك المطلق
للتصرف ، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز . وجه الاستحسان قوله
عليه السلام في السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها
أطعموها الأسارى

الفصب بعلامة النون من الواقعات الحسابية رجل غصب لحماً فطبخه ، أو حنطة فطحنها
كان عليه الضمان فصار ملكاً له وحل أكله في قول أبي حنيفة «رح» ، لأنه ملكه بالبدل .
وقال محمد في العيون لا يحل حتى يرضى المالك ، وهو قول أبي يوسف ، انتهى .

ونقل في آخر كتاب الفصب من خلاصة الفتاوى عن فتاوى أهل سمرقند رجل غصب
طعاماً فمضغه حتى صار مستهلكاً ، فلما ابتلع ابتلع حلالاً عند أبي حنيفة رضي الله عنه ،
وشرط الطيب عنده وجوب البدل ، وعندهما أداء البدل ، والفتوى على قولها ، انتهى .
وقال الكرخي في مختصره قال الحسن قال زفر إذا طبخه أو شواه فقد صار مستهلكاً
له ، وعليه القيمة ، وله أن يأكله ويطعمه من شاء رضى صاحبه بالقيمة أو لم يرض ،
وبه يأخذ الحسن .

(ووجهه) أي وجه القياس (ثبوت الملك المطلق) بكسر اللام ، المجوز (للتصرف ،
ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز) لأنه ملكه بوجه محذور ، فصار كالقبوض على وجه
بيع فاسد ، حيث يصح بيعه .

(وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها
الأسارى) هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة رضي الله عنهم ، أحدهما رجل من
الأنصار أخرجه حديثه أبو داود في سننه في أول البيوع ثنا محمد بن العلاء أنا ابن ادريس أنا
عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال خرجنا مع رسول الله ﷺ وهو على
القبر يوصي الحافر أوسع من قبل رجله أوسع من قبل رأسه ، فلما رجع استقبله داعي
امرأة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده ووضع القوم فأكلوا ورسول الله ﷺ يلوك لقمته
في فمه ، فقال إني أجد شاة أخذت بغير إذن أهلها ، فأرسلت المرأة ، قالت يا رسول الله

أفاد الأمر بالتصدق

إني أرسلت إلى البقيع اشتري شاة فلم أجد ، فأرسلت إلى جاري قد اشتري شاة أن أرسل إلي بها بثمانها فلم يأخذ ، فأرسلت إلى امرأته فأرسلت بها إلي ، فقال عليه السلام أطمعته الأسارى (١) .

ورواه أحمد في مسنده حدثنا معاوية بن عمر أبو اسحاق عن زائدة عن عاصم بن كليب عن أبيه أن رجلاً من الأنصار قال فذكره ، وهذا مسند الصحيح ، إلا أن كليب ابن شهاب وأبو عاصم لم يخرجاه في الصحيح ، وخرج له البخاري في رفع اليدين . وقال ابن سعد ثقة ، وذكره ابن حبان في الثقات ولا يضره قول أبي داود ، وعاصم بن كليب عن أبيه عن جده ليس بشيء ، فإن هذا ليس من روايته عن أبيه عن جده ، وأخرجه الدارقطني في سننه في الضحايا عن حميد بن الربيع ثنا ادريس بن وهيب عن حميد بن الحراز بخاء معجمة وزاي مكررة .

وقال ابن الجوزي في التحقيق كذاب وتعقبه صاحب التنقيح فقال وثقه عثمان بن أبي شيبة وقد تابعه محمد بن العلاء كما رواه أبو داود ، والثاني ابن موسى أخرجه الطبراني في معجمه ثنا أحمد بن القاسم الطائي ثنا بشر بن الوليد ثنا أبو يوسف القاضي عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبي بردة عن أبي موسى أن رسول الله ﷺ زار قوماً من الأنصار في دارهم فذبحوا له شاة فصنعوا له منها طعاماً فأخذ من اللحم شيئاً لياً كله فمضغه ساعة لا يسفه ، فقال ما شأن هذا اللحم ، قالوا شاة لفلان ذبحها حتى يجيء فقرضيه في ثمنها ، فقال عليه السلام أطمعوها الأسارى . ورواه في معجمه الأوسط ثنا أحمد بن القاسم الطائي ثنا بشر بن الوليد به .

(أفاد الأمر بالتصدق) أي أفاد الحديث الأمر بالتصدق الحاصل فأفاد أموراً ثلاثة ، الأول : الأمر بالتصدق الذي يدل على زوال ملك المالك إذ لو بقي الملك للمالك لأمر بالرد إليه تحرزاً عن إبطال ملك الإنسان ، أو أمر بالبيع وحفظ الثمن عند خوف الفساد ، لأن الإمام ولايته بيع مال الإنسان عند الحاجة .

(١) الحديث في الأصل فيه نقص ، وتصحيحه من سنتن أبي داود الجزء الثالث أول

كتاب البيوع ، اه مصححه .

زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ،

الثاني : زوال ملك المالك ، أشار إليه بقوله (وزوال ملك المالك) بالنصب ، أي وأفاد أيضاً زوال ملك المالك . ووجه ما ذكرناه .

الثالث : حرمة الانتفاع قبل أداء البدل ، أشار إليه بقوله (وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء) بالنصب أيضاً ، أي وأفاد أيضاً حرمة انتفاع الغاصب بالمغضوب قبل إرضاء المالك بالتراضي أو بالقضاء . وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة « رح » عن عاصم بن كليب عن أبيه به ، ثم قال ولو كان هذا اللحم باقياً على ملك مالكة الأول لما أمر به النبي ﷺ أن يطعم الأسارى ، ولكن لما رآه خرج من ملك الأول صار مضموناً على الذي أخذه أمر بإطعامه ، لأن من ضمن شيئاً فصار له عن وجه غضب فإن الأولى أن يتصدق به ولا يأكله .

وأخرج الدارقطني في سننه عن عبد الواحد بن زياد عن عاصم بن كليب به ، ثم أخرج عن عبد الواحد بن زياد قال قلت لأبي حنيفة من أين أخذت قولك في الرجل يعمل في مال للرجل بغير إذنه أنه يتصدق بالذبح ، قال أخذته من حديث عاصم بن كليب هذا ، انتهى .

فإن قلت قال البيهقي وهذا لأنه كان يخشى عليها الفساد وصاحبها كان غائباً فرأى من المصلحة أن يطعمها الأسارى ثم يضمن لصاحبها . قلت الإمام إذا خاف التلف على ملك غائب يبيعه ويحبس ثمنه عليه كما ذكرنا . ولا يجوز له أن يتصدق به .

فإن قلت هذا الحديث متروك الظاهر ، لأن المذهب أن التصديق بالذبح لا يعين المغضوب ، فكيف يصح التمسك به . قلت روي عن محمد أنه يتصدق بالأصل قبل أداء الضمان على أنا نقول إن الحديث يقتضي انقطاع حق المالك والتصدق ، إلا أن التصديق ترك للمعارض ، فبقي الحكم الآخر على ظاهره ، ولا يرد علينا اللقطة ، لأن الشارع أمر بتصدقها بعد تعريفها وعجزها عن إصابة المالك وعن صيانته المال ، وما هنا المالك معوم ويمكن الرد عليه فلا يجوز التصديق بدون رضاه ، كما لو علم صاحب اللقطة وأمكن الرد عليه ، كذا ذكره الإمام للبرعوي قوله المصلحة أي الشوية من صليت اللحم وغيره أصله

ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء
حسماً لمادة الفساد ، ونفاد بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في
الملك الفاسد . وإذا أدى البديل يباح له ، لأن حق المالك صار موفى
بالبديل ، فحصلت مبادلة بالتراضي ، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به ،
وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم ، أو ضمنه المالك

صلياً ، مثل رميته أرميه رمية إذا شويته ، وأراد بالاسارى المحبوسين ، كذا فسرهم محمد
«رح» . قوله باللوك من اللوك وهو مضغ الشيء الصلب وإدارته في الفم ، يقال لأك اللقمة
ولأك الفرس اللجام . قوله لا يسيغه من ساغ الطعام مسوغاً سهل دخوله في الحلق ، وأسفته
أنا أي ساغ لي .

(ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسماً لمادة الفساد)
هذا دليل معقول ، وهو ظاهر . وفي بعض النسخ قبل الإرضاء أي ساغ لي قبل إرضاء
المالك ، والحسم القطع بالحاء المهمة (ونفاد بيعه) هذا جواب عن قوله ولهذا لو وهب
أو باعه ، أي نفاد بيع المصوب (وهبته) أي نفاد هبته ، والمصدر في الموضمين مضاف
إلى مفعوله (مع الحرمة لقيام الملك) وذلك لا يستلزم الإباحة (كما في الملك الفاسد) يعني
كالقبوض في البيع الفاسد .

(وإذا أدى البديل يباح) هذا راجع إلى قوله حتى يؤدي بدلها ، أي إذا أدى الغاصب
بديل العين المصوبة يباح الانتفاع (لأن حق المالك صار موفى بالبديل ، فحصلت مبادلة
بالتراضي ، وكذا إذا أبرأه) أي وكذا يباح الانتفاع إذا أبرأ المالك الغاصب (لسقوط
حقه به) أي لسقوط حق المالك بالإبراء .

(وكذا إذا أدى بالقضاء) أي وكذا يباح الانتفاع إذا أدى البديل بقضاء القاضي ،
وفي المبسوط لو قضى القاضي بالضمان يحصل له الانتفاع بمجرد القضاء لوجود الرضى من
المالك ، إذ المالك لا يضمنه إلا بعد طلبه فكان راضياً به وقد ذكرناه مرة (أو ضمنه
الحاكم) بأن كان المصوب مال اليتيم (أو ضمنه المالك) أي أو طلب المالك من الغاصب

لوجود الرضى منه ، لأنه لا يقضى إلا بطلبه . وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها ، غير أن عند أبي يوسف « رح » يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك على كل وجه ، بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه ، وفي الحنطة زرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما وأصله ما تقدم . قال وإن غصب فضة أو ذهباً فضر بها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالها

الضمان يحل الانتفاع قبل أداء الضمان (لوجود الرضى منه) أي من المالك (لأنه لا يقضى إلا بطلبه) أي بطلب المالك ودعواه ، فكان المالك ضمنه فيعمل له الانتفاع بذلك . (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بين أصحابنا وزفر رحمه الله تعالى (إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها) يعني لا يحل الانتفاع بالمقصوب قبل أداء البدل خلافاً لزفر رحمه الله تعالى (غير أن عند أبي يوسف « رح » يباح الانتفاع فيهما) أي في الصورتين المذكورتين وهما غصب الحنطة وزرعها ، وغصب النواة وغرسها (قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه) لأن الحنطة صارت قصيلاً ، والنواة صارت... (١) (بخلاف ما تقدم) من غصب الشاة وذبحها وطبخها ، وغصب الحنطة وطحنها حيث لا يحل الانتفاع قبل إرضاء المالك (لقيام العين فيه من وجه) لأن إجراء الشاة والحنطة باقية (وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده) أي عند أبي يوسف (خلافاً لهما) أي لابي حنيفة ومحمد (وأصله ما تقدم) أي أصل وجود التصديق بالفضل عندهما خلافاً لابي يوسف ما تقدم عند قوله ومن غصب عبداً فأشغله ، وأراد بالأصل الدليل المذكور هناك .

(قال وإن غصب فضة أو ذهباً فضر بها دنانير أو دراهم أو آنية لم يزل ملك مالها

(١) هكذا في الأصل الكلام مقطوع .

عنها عند أبي حنيفة «رح» ، فيأخذها ولا شيء للغاصب . وقالوا
 يملكها الغاصب وعليه مثلها ، لأنه أحدث صنعة معتبرة صيرت
 حق المالك هالكاً من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد ،
 والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات ، والمضروب
 يصلح لذلك . وله أن العين باق من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق

عنها عند أبي حنيفة «رح» (إلى هنا لفظ القدوري وقامه فيه . وقال أبو يوسف ومحمد
 «رح» يملكها الغاصب . وقال الحاكم الشهيد في كافيهِ وإن غصب فضة فضرها دراهم أو
 صاغها إناء قال يأخذها ولا أجر للغاصب ولا يشبه هذا الحديث والصفر ، لأنه فضة
 بعينها لا تخرج من الوزن . وقال أبو يوسف ويعطيه مثل فضته ، وكذلك الذهب ،
 انتهى (فيأخذها ولا شيء للغاصب) وبه قالت الثلاثة ، وقيد بضرها دراهم أو دنانير ،
 لأن في كسر الدراهم والدنانير وقلبها يضمن مثله بالاتفاق لأنه غير بصره ولا يتم دفع
 الضرر عن صاحبه إلا بإيجاب المثل والمكسور للكاسر بمعد الضمان ، وإن شاء صاحبه
 أخذ المكسور ولم يرجع عليه بشيء ، ويستوي إن نقصت ماليتة بالكسر أو لم ينتقص .
 أما لو استهلك القلب فعليه قيمته مصوغاً من غير جنسه ، وعند الشافعي من جنسه .

(وقالوا يملكها الغاصب وعليه مثلها ، لأنه أحدث صنعة معتبرة) وهي الصياغة (صيرت
 حق المالك) أي إحداث الصنعة صير حق المالك (هالكاً من وجه) لأن الاسم تبدل
 بفعل الغاصب (ألا ترى أنه كسره) أي أن الغاصب كسره وبالكسر يتبدل الاسم
 والمقصود . فإن قيل الضرب يسمى ذهباً وفضة وبمعد درهماً وديناراً ... (وفات بعض
 المقاصد) حيث كان يتعين في المعقود قبل الضرب وبمعد لا يتعين ، وأشار أيضاً إلى تبدله في
 بعض المقاصد بقوله (والتبر) وهو القطعة المأخوذة من المعدن (لا يصلح رأس المال في المضاربات
 والشركات والمضروب يصلح لذلك) أي يكون رأس المال فيها ، ففي هذا دليل على تغيرها
 معني وإسمها كما ذكرنا .

(وله) أي ولأبي حنيفة رحمه الله (أن العين باق من كل وجه ، ألا ترى أن الاسم

ومعناه الأصلي الثمنية ، وكونه موزوناً وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباراه وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين ، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً ، لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها .

قال ومن غضب ساجة

باق (حيث يقال بعد الصنعة ذهب وفضة (ومعناه الأصلي الثمنية) أراد أن المعنى الأصلي اللازم للعين وهو الثمنية قائمها كان بلاخلاف (وكونه موزوناً) عطف على قوله الثمنية . (وانه باق) أي وإن كل واحد من الثمنية وكونه موزوناً باق ، ثم بين بقاء هذين الشيئين بقوله . (حتى يجري فيه الربا باعتباراه) أي باعتبار الوزن . والحاصل أن الأحكام الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزوناً وجريان الربا ووجوب الزكاة يدل على أن العين باق من كل وجه .

(وصلاحيته لرأس المال) جواب عن قوله والتبر لا يصلح رأس المال ، وتقديره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة (من أحكام الصنعة دون العين) يعني لا من حكم العين ، ولهذا نقول مالا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم من الدراهم ، فلا اعتبار ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة من الاصل وبه فارق الحديد والفضة ، فإن الصنعة الحادثة تخرجها من الوزن ، حتى إذا باع قمعة حديد بقمعتين منه جاز إذا كان يدأ بيد .

(وكذا الصنعة فيها) أي في عين الفضة والذهب (غير متقومة مطلقاً) أي في جميع الأحوال ، وهذا جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة ، تقديره أنها غير متقومة في كل حال (لأنه لا قيمة عند المقابلة بجنسها) وإنما تتقوم عند المقابلة ، بخلاف جنسها كمن استهلك قلب فضة فمليه قيمته من الذهب مصوغاً عنده .

(قال ومن غضب ساجة) أي قال القدوري «رح» ، والساجة بالسين المهمة وتخفيف الجيم خشبة عظيمة . وقيل خشبة منحوتة مهيأة للأساس ، والأصح أنها خشبة صلبة قوية تجلب من بلاد الهند لها ، ثم تعمل منها الأبواب ، وأما الساجة بالحاء المهمة فيأتي بعد

فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها . وقال
الشافعي للمالك أخذها والوجه عن الجانبين قدمناه . ووجه آخر
لنا فيه أن فيما ذهب إليه إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من
غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة ،

هذا إن شاء الله تعالى (فبنى عليها زال ملك مالكةا عنها ولزم الغاصب قيمتها) ومن
الذخيرة هذا إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة ، أما إذا كانت قيمة الساجة
أكثر من قيمة البناء لم يزل ملك مالكةا عنها بالإجماع .

وفي الكافي للعالم وإن غصب ساجة أو خشبة فأدخلها في بناءه أو أجره فأدخلها في
بنائه أو جصاً فبنى به ، قال عليه في ذلك كله قيمته . وليس للغصب منه نقض ما بنائه
وأخذ ساجته وخشبه وأجره على حوالى الساجة لأنه غير متعمد في البناء على ملكه فلا
ينقض . وأما إذا بنى على نفس الساجة بنقوض بناؤه لأنه مطلقاً وجعله الأصح ، والدليل
عليه أن القدوري بعد أن ذكر في شرحه مختصر الكرخي ما ذكرناه .

قال في كتاب الصرف ومن غصب درهما فجعله عروة مزادة سقط حق مالكة ،
والنقضة لا تسقط حق مالكةا عنها بالصياغة وإنما أسقط بكونها تابعة للوادة ، وهذا
لا يكون إلا بعمل يرفعه فيها على وجه التعدي ، فدل على أن المسألة على إطلاقها ، وإنه
لا حق للمالك في الساجة في الوجهين على ما يأتي عن قريب .

(وقال الشافعي للمالك أخذها) أي أخذ الساجة ، وبه قال زفر وأحمد ومالك
رحمهم الله على ما يأتي عن قريب (والوجه عن الجانبين قدمناه) أي الدليل في مسألة
الساجة هو الذي ذكرناه من جانبنا وجانب الشافعي في المسألة المتقدمة في أول الفصل ،
يعني أن الغصب عندنا عدوان ويصلح سبباً للملك . ولنا أنه أحدث صنعة
مستقومة إلى آخره .

(ووجه آخر لنا فيه) أي وجه آخر لنا في غصب الساجة ، أي في تعطيل (أن فيما
ذهب إليه) أي في الذي ذهب إليه الشافعي (إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من
غير خلف) لأن فيه إبطال حقه (وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة) فكان فوائد

فصار كما إذا خاط بالخييط المنصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المنصوب في سفينته .

حقه كلا فوات ، وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا إلى خلف ، وكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب .

فإن قلت الغاصب جان ولا يبالي بضرر الجاني إذا كان فيه دفع الضرر عن المجني عليه . قلت نعم ولكن حق الجاني فيما وراء جنابته مرعي ودفع الضرر عنه واجب .
فإن قلت إنه ضرر بنفسه حيث باشر سبب ، وهو ادخال ساجة الغير في بنائه مع علمه بذلك فلا يبقى مستحقاً للنظر بدفع الضرر عنه . قلت لا نسلم أنه أضر بنفسه ، نعم أنه أدخل ساجة الغير في بنائه ، وهذا ليس بسبب للنقض ، بل هو سبب لانقطاع حق المالك وثبوت الملك له .

فإن قلت قوله ~~بأنه~~ من وجد عين ماله فهو أحق به دليل على أن حقه لا ينقطع بإدخالها في البناء ، لأنه وجد عين ماله . قلت نحن نقول بموجبه وما هنا لم يجد عين ماله ، لأن الساجة صارت هالكة من وجه ، فصارت ملكاً للغاصب .

(فصار كما إذا خاط بالخييط المنصوب بطن جاريته أو عبده) حيث لا يجب رد الخييط على صاحبه بلا خلاف . ولو خاط بالخييط المنصوب جرح حيوان يؤكل ففيه للشافعي وأحمد رحمهما الله قولان في قول يجب رده ، وفي الثاني ينتقل حقه إلى القيمة ، وفي مقني الحنابلة ، فإن خاط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمي والبغل والحمار الأهلي وخيف التلف بنزعه لم يجب النزاع ، لأنه إضرار لصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ، وكان الحيوان للغاصب ، فقال القاضي يجب نزعه ورده . وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما هذا ، والثاني لا . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، انتهى . ولو غصب خيطاً وخاط به ثيابه لا يجب نقضه عنده ، وقالت الثلاثة يجب نقضه ورد الخييط على صاحبه .

(أو أدخل اللوح المنصوب في سفينته) يعني ليس لصاحب اللوح نزعه ، ولكن فيه تفصيل وهو أنه إن كان في الساحل لزمه قلمه ورده ، وبه قال الشافعي ومالك ، وإن كان في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا يفرق بقلمه بقلع ، وإن خيف غرقها لم تقلع

ثم قال الكرخي والفقير أبو جعفر الهندواني إنما لا ينقض إذا بني في
حوالي الساجة أما إذا بني على نفس الساجة ينقض لأنه متعدد فيه وجواب
الكتاب يرد ذلك وهو الأصح . قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها
بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها

حتى يخرج إلى الساحل ، ولصاحب اللوح المطالبة بالقيمة ، فإذا أمكنه رد اللوح استرجعه
ورد القيمة ، وبه قال أصحاب الشافعي «رح» وفي الأسرار صورة الهيم عليها فيما إذا
كانت السفينة مع من عليها في لجة البحر خيف الفرق .

فإن قلت عدم جواز شرع الخيط واللوح عنده من أن فيه تلف الناس ، لأن المالك
ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد باختلاف المناط . قلت ثبت في كل واحدة ، أي
من العلة أعني التلف وتلك الفاصب عنها حق المالك وغيره ، وجعل حق غيره أو أم
لأن بإبطاله زيادة الضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين .

(ثم قال الكرخي والفقير أبو جعفر الهندواني إنما لا ينقض إذا بني في حوالي الساجة)
بفتح اللام ، يقال فقد حوله وحوليه ، ولا يقال حواليه بكسر اللام ، وقعد حيماله وبحيماله .
أي بإزائه ، وذلك بأن يكون بعض البناء على ساجة لنفسه لبعض على الساجة المفصولة ،
لأنه غير متعدد به من كل وجه (أما إذا بني على نفس الساجة ينقض لأنه متعدد فيه) من
كل وجه فيقطع (وجواب الكتاب) أي القدوري ، وهو قوله بني عليها (يرد ذلك)
أي التفصيل لما قلنا أن ضرر المالك مجبور بالقيمة دون ضرر الفاصب (وهو الأصح) أي
جواب الكتاب هو الأصح ، وقد مر بيان الأصحية عن قريب . وفي الذخيرة لو أراد
الفاصب نقض البناء ورد الساجة مع تملكها بالضمان بعد للقضاء بقيمتها لا تحل وقبل القضاء
بها ، قيل يحل . وقيل لا يحل ، لأنه تضييع المال بلا فائدة .

(قال ومن ذبح شاة غيره بغير أمره) أي قال القدوري في مختصره ومن ذبح شاة
غيره بغير إذنه (فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه) أي إلى الذابح (وإن
شاء ضمنه نقصانها) أي نقصان الشاة (وكذا الجزور) أي وكذا الحكم إذا غصب

وكذا الجزور ، وكذا إذا قطع يدهما هذا هو ظاهر الرواية .

الجزور وذبحها ، إما أن يأخذ العين مع نقصان الذبح ، وأما أن يترك العين وضمن جميع القيمة ، والجزور بفتح الجيم ما أعد للجزر من الإبل ، أي القطع وهو الذبح يذكرو يؤنث ، إنما ذكره فعالم متوم ، وهو أن يقال إذا كان الجزور معدة للذبح لم يكن معنى الدر والنسل فيها ، مطلوباً ، فكيف يلزم النقصان ، بل الذبح زيادة فيه لأنه يؤخذ لأجله العوض . فأجاب عنه وقال لا يتفاوت الحكم بين أن يكون الحيوان معداً للذبح أو لم يكن ، لأن الذبح في الحيوان نقص من حيث تقويت الحياة .

(وكذا إذا قطع يدهما) أي وكذا الحكم إذا قطع يد الشاة والجزور يعني أن المالك بالخيار إن شاء أخذ العين مع نقصان القطع ، وإن شاء ترك العين للغاصب وضمنه جميع القيمة ، وهذه رواية عن أصحابنا ، والظاهر أن له تضمين جميع القيمة بلا خيار ، ألا ترى إلى ما قال الحاكم الشهيد في كافيته ، وأما الدابة إذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلا يشبه هذا ، أي لا يشبه الحرق الكثير في الثوب . قال لأنه استهلكها وليس ينتفع صاحبها بما بقي ، والغاصب بقيمة الدابة وهي له ، وكذا لو كانت بقرة أو شاة أو جزور فذبحها أو قطع يدها أو رجلها ، انتهى . وذلك لأن الدابة بعد فوات يدها أو رجلها لا ينتفع بها انتفاع النواصب ، فصارت هالكة ، ويصير الغاصب مستهلكاً فيجب عليه القيمة ، ويكون الدابة بخلاف الثوب ، فإن الثوب بالحرق الفاحش لا يكون هالكة لأنه يمكن أن ينتفع به الثياب فلا يضمنه القيمة بلا خيار ، بل يكون الخيار للمالك . وفي شرح الكافي روي في رواية أن له الخيار في ما كول اللحم ، لأن اللحم مقصود كما أن عينها مقصود ، واللحم لم ي تلف فكان حقه قائماً من وجه ، فكان له الخيار إن شاء ترك اللحم عليه وضمنه قيمة الدابة ، وإن شاء أخذ اللحم وضمنه قيمة النقصان .

(هذا هو ظاهر الرواية) أي المذكور من ثبوت الخيار ، وللمالك هو ظاهر الرواية ، واحتراز به عما رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن صاحب الشاة بالخيار إن شاء أخفها ولا شيء له غيرها ، وإن شاء تركها وضمنها قيمتها يوم غصبها ، وكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ، وكذلك إذا سلها حين ذبحها أو قطع لحمها أعضاء

ووجهه أنه إلتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم، فصار كالخرق الفاحش في الثوب، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه،

ولم يطبخه والرأس قائم والجلد والأكارع والبطن كان المقصوب بالخيار إن شاء أخذ ذلك، ولم يكن له غيره وإن شاء ضمته قيمتها حية.

(ووجهه) أي وجه ظاهر الرواية (أنه) أي الذبح (إلتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر) بفتح الدال وتشديد الواو وهو اللبن ، ومنه فاقة درور ودار ، أي كثيرة اللبن (والنسل وبقاء بعضها) أي بعض الأغراض (وهو اللحم فصار أي الحكم في هذا) كالخرق الفاحش في الثوب (على ما يبيح حكمه عن قريب ، وهذا الذي ذكره لا يعم الجزور بظاهره ، ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الأغراض إذا لم يجعل البيان منحصراً فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل .

(ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال الكاكي في تقييد هذا الحكم يعتبر مأكول اللحم ليست زيادة فائدة لما أن الحكم في مأكول اللحم كذلك ، لأن يقطع الظرف للمالك اختيار تضمين جميع القيمة في المأكول وغيره ، ذكره في المبسوط . وقال الأتوازي هذا إما هو على اختيار صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيها ، يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر .

وقال صاحب العناية فيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك إذا كانت غير مأكول اللحم . والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف المأكول اللحم وغير مأكوله ، حيث قال في الأول انه إلتلاف من وجه ، وفي الثاني بوجود الاستهلاك من كل وجه ، والظاهر من كل أنه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الحشبة وتضمين نقصانها ، ويكون ذلك اختياراً منه . وإن كان نقل الكتب

بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع إرش المقطوع ، لأن
الآدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف .

على خلافه فإنه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار
أو رجله وكان لما بقي قيمته فله أن يمسه ويأخذ النقصان قلت أراد بذلك صاحب الهداية
الإشارة إلى ما ذكره في الواقعات الحسامية في باب الغصب بعلامة السين رجل غصب دابة
فقطع يدها فهذا على وجهين . أما إن كانت لا يؤكل لحمها أو يؤكل ففى الوجه الاول لا
يكون لصاحب الدابة خيار لانه استهلك من كل وجه ، وفي الوجه الثاني له الخيار لانه
استهلك من وجه ، انتهى .

فان قلت ما أراد صاحب الهداية من قوله فقطع الغاصب طرفها . قلت أراد به أحد
قوائمها ، لان في عين الحمار أو البغل أو الفرس ربع القيمة ، وكذلك في عين البقر
والجزور ربع القيمة ، وفي عين الشاة ما نقصها على ما سيجيء في كتاب الديات إن شاء
الله تعالى . ونقل في الاجناس عن كتاب الجنائيات والديات رواية بشر بن غياث . قال أبو
حنيفة في إحدى عيني الحمار أو البغل ربع القيمة . ولو فقأ عين شاة أو حمل أو طير أو
كلب أو سنور أو دجاجة أو نعامة عليه ما نقصه . وقال أبو يوسف « رح » في ذلك كله
عليه ما نقصه في جميع الربيع ثم قالوا في قطع أذن الدابة وذنبا يضمن النقصان وجعل
ذلك نقصاناً يسيراً . وعن شريح أنه إن قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع القيمة ،
وإن كان لغيره يضمن النقصان . وفي المنتقى إذا ذبح الحمار له الخيار ، وإن قتله ليس له
الخيار ، لأن جلده لا قيمة له حينئذ ، أما في الذبح بمنزلة الذبائح .

(بخلاف قطع طرف المملوك) هذا يتعلق بقوله للمالك أن يضمنه جميع القيمة ،
أي بخلاف العبد إذا قطع الغاصب طرفه (حيث يأخذه مع إرش المقطوع ، لأن الآدمي
يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف) ولا يصير مستهلكاً من كل وجه ، بخلاف الدابة فإنها
بعد ذلك لا ينتفع بها ، أي بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك ، وهذا إذا
لم تكن الجنابة مستهلكة ، أما إذا كانت مستهلكة فليس للمالك أن يأخذ الإرش مع إمساك
الجنابة عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لما على ما عرف في موضعه . بيان ذلك كل جنابة لو

قال ومن خرق ثوب غيره خرق يسيراً ضمن نقصانه والثوب
لمالكه ، لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله عيب فيضمنه . وإن
خرق خرقاً كثيراً تبطل عامة منفعة فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته ، لأنه
استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه .

حصلت في الحر أوجبت كال الدية ، فإذا حصلت في العبد قتلك مستهلكة كفقهاء العينين
وقطع اليدين والرجلين والذكر وقطع يد ورجل من جانب واحد .

وأما في قطع الأذنين وحلق الحاجبين إذا لم ينبت ففيه روايتان في رواية جعله
مستهلكاً ، وكل جناية في الحر لا يوجب كال الدية كقطع يد أو رجل وقطع يد ورجل
من خلاف ، فتلك الجناية غير مستهلكة ، ثم في الجناية المستهلكة على قول أبي حنيفة
«رح» المولى بالخيار إن شاء حبس العبد لنفسه ولا يرجع بشيء ، وإن شاء سلمه إلى الجاني
ويرجع بقيمته وقال أصحابه إن شاء سلم ورجع بالقيمة ، وإن شاء حبس لنفسه ورجع
بالنقصان كذا في شرح الطحاوي .

(قال ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً) أي قال القدوري ، والمراد من الثوب
ما يلبس كالكرباس (ضمن نقصانه ، والثوب لمالكه ، لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما
دخله عيب فيضمنه) أي النقصان (وإن خرق خرقاً كثيراً) بالثناء المثلثة ، ويجوز بالباء
الموحدة أيضاً . وأشار إلى تفسير الخرق الكثير بقوله (بحيث تبطل عامة منفعه) بأن
لا يبقى شيئاً في منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما (فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته ،
لأنه استهلاك من هذا الوجه ، فكأنه أحرقه) وفي شرح الكافي قال شيخ الإسلام وقال
بعض أصحابنا هذا إذا كان الخرق بحال لا يمكن الخياطة ، فأما إذا أمكن خياطته ولم يبق
بعد الخياطة نقصان فاحش لا يكون له تضمين جميع القيمة ، ويؤخذ بالخياطة ثم يضمن
النقصان إن بقي بعد كمن جرح إنساناً جرحاً هلهل يؤخذ بأجرة الطبيب ، فإن بقي نقصاً بعد
ذلك أخذ إرشه كذلك هاهنا ، هذا إذا غصب ثوباً فخرقه ، أما إذا غصب ثوباً فقطعه
قميصاً ولم يخطه فله أن يأخذه ويضمنه ما نقصه القطع ، كذا ذكر الحاكم في الكافي .

قال « رض » معناه يترك الثوب عليه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه
النقصان ، لأنه تعيب من وجه حيث أن العين باق ، وكذا بعض
المنافع قائم . ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع ،
والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى
بعض العين وبعض المنفعة ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ،
وإنما يدخل فيه النقصان

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبجاني في شرحه وإن شاء ضمنه قيمته ، لأنه تعيب
عنده بميب فاحش ، وإن خاطه قميصاً أو غيره فليس لصاحبه أن يأخذه لأنه صار شيئاً
آخر وتعلقت به مصلحة أخرى ، فصار الأول هالكاً من حيث المعنى ، فكان للمالك
ولاية التضمين .

(قال « رض » معناه) أي قال المصنف رحمه الله ومعنى قول القدوري فلما لك أن
يضمنه جميع قيمته انه (يترك الثوب عليه) أي على الغاصب (وإن شاء أخذ الثوب
وضمنه النقصان ، لأنه تعيب من وجه من حيث أن العين باق ، وكذا بعض المنافع قائم)
لأنه يمكن أن يفصل عنه ثوب للصغير (ثم إشارة الكتاب) أي إشارة القدوري (إلى أن
الفاحش مما يبطل به عامة المنافع ، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) من حيث
الظاهر ، إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت من إجراء شيء لا محالة (وجنس المنفعة
ويبقى بعض العين وبعض المنفعة) أراد به أنه لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعض ويبقى
بعض ، كما إذا قطع الثوب قميصاً يفوت منفعة الجبة والقباء .

(واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه النقصان) أي النقصان
في مالية الثوب لسبب فوت الجودة . وفي الفتاوى الصغرى قال بعضهم إن أوجب الخوف
النقصان ربع القيمة فصاعداً فهو فاحش وما دونه يسير . وقال بعضهم ما لا يصلح الباقي
لثوب فهو فاحش ، واليسير ما يصلح . والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض المنفعة
وبعض العين ، واليسير ما يفوت بعض المنفعة ، انتهى . وهو عكس ما قال صاحب

لأن محمداً رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً والفائت به
بعض المنافع. قال ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قيل له
أقلع البناء والغرس وردّها

الهداية حيث قال ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وكل منهما نص على الأصح
بما ذهب إليه كما ترى. وقال تاج الشريعة وقال الإمام رضي الله عنهما لا يجوز ما يستكتف
أوساط الناس من لبسه مع ذلك الحرق هو الكثير واليسير ضده . وفي غير الحيط وغير
المقطوع أن لا يمكن أن يخاط منه ، واليسير ضده .

(لأن محمداً رحمه الله جعل في الأصل) أي المبسوط (قطع الثوب) بدون الخياطة
(نقصاناً فاحشاً) جعل للمالك ولاية تضمين جميع القيمة (والفائت به) أي بالقطع
(بعض المنافع) لا عامة المنافع كما أشار إليه القدوري . وأما لو خاطه ينقطع حق المالك
عنده ، ذكره في الذخيرة . وضد الثلاثة لا ينقطع ، وقالوا في الشق اليسير يأخذ الثوب
ويضمنه المنتصان . وفي الفاحش كذلك عند الشافعي وأحد رحمهما الله . وعند مالك
رحمهما الله غير كقولنا . وقال شمس الأئمة هذا الحكم الذي ذكرنا في الحرق في الثوب فهو
الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية ، فإن التعبير هناك فاحشاً أو يسيراً
لصاحبه الخيار بين الإمساك والبيع والتضمين قيمته ، وفي الإمساك لا يضمن المنتصان
لأنه يؤدي إلى الربا

(قال ومن غصب أرضاً) أي قال القدوري ، وقال تاج الشريعة سماء غصباً وإن
يتحقق النصب في العقار عندهما لما أنه يتصور بصورة الملائكة . قلت عبارة أصحابنا في
غصب العقار مختلفة على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف « رج » فقليل يتحقق فيه النصب
ولكن لا على وجهه بوجب الضمان ، وإليه قال القدوري في قوله وإذا غصب عقاراً فهلك
في يده لم يضمنه عندهما ، فقل هذا لا يرد السؤال فلا يحتاج إلى الجواب . وقيل لا يتحقق
فحينئذ يجاب بما ذكره تاج الشريعة (فغرس فيها أو بنى قيل له إقلع البناء والغرس
وردّها) يروى الغرس بفتح الغين وكسرهما جميعاً ، فالأول مصدر أريد به القول أي

لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق

المفروس من الشجر والنخل ، والثاني إسم ما يفرس من الشجر والنخل ، وهذا الحكم لا خلاف فيه .

(لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق) هذا الحديث رواه سنة من الصحابة رضي الله عنهم ، الأول سعيد بن زيد أخرجه حديثه أبو داود في الجراح والترمذي في الأحكام ، والثاني في إحياء الموات عن عبد الوهاب الثقفي ثنا أيوب عن هشام بن عروة عن سعيد بن زيد رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من أحيا أرضاً ميتة فهو له ، وليس لعرق ظالم حق . قال الترمذي حديث حسن غريب ، وقد رواه جماعة عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلًا قلت منهم مالك في الموطأ . قال ابن عبد البر في البعض أرسله جميع الرواية عن مالك لا يختلفون في ذلك ، وأخرجه النسائي عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة مرسلًا .

الثاني : عبادة بن الصامت رضي الله عنه أخرجه حديثه الطبراني حدثنا يوسف القاضي ثنا محمد بن أبي بكر المديني ثنا فضل بن سليمان عن موسى بن عقبة ثنا اسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت ثنا عبادة بن الصامت عن قضاء رسول الله ﷺ وأنه ليس لعرق ظالم حق .

الثالث : عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أخرجه حديثه الطبراني أيضاً عن مسلم بن خالد للرجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عمر مرفوعاً باللفظ الأول .

الرابع : عمرو بن عوف رضي الله عنه أخرجه حديثه اسحاق بن راهوية والبخاري في مسندهما والطبراني في معجمه وابن عدي في الكافي عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف مزي حديثي أبي إبان أخبره أنه سمع رسول الله ﷺ يقول من أحيا أرضاً مواتاً من غير أن يكون فيها حق مسلم فهي له ، وليس لعرق ظالم حق ، وأعله ابن عدي بكثير بن عبد الله .

الخامس : رجل من الصحابة أخرجه حديثه أبو داود عن محمد بن اسحاق عن يحيى بن عروة عن أبيه مرفوعاً قال عروة فلقد أخبرني الذي حدثني بهذا الحديث وفي لفظه فقال

رجل من أصحاب رسول الله ﷺ وكبر ظني أنه أبو سعيد أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أرض غوين ، أحدهما غرس فيها نخلا والأخر ، ففضى رسول الله ﷺ بالأرض لصاحبها ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله ، وقال ليس لعرق ظالم حق قال فلقد أخبرني الذي حدثني بهذا الحديث أنه رأى النخل تقطع أصولها بالقوس .

السادس : عائشة رضي الله عنها أخرج حديثها أبو داود رحمه الله تعالى والطبراني في مسنده ثنا زمعة عن الظهيري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله ﷺ البلاد بلاد الله والعباد عباد الله ، ومن أحييا من موات الأرض شيئا فهو لمولى لعرق ظالم حق . ومن طريق الطبراني رواه الدارقطني في سننه والبيهقي في مسنده . وقال أبو داود رحمه الله تعالى قال هشام العرق الظالم أن يغرس الرجل في أرض غيره فيستحقها بذلك . وقال مالك رحمه الله تعالى العرق الظالم كل ما أخذ واحتكر وغرس بغير حق .

وذكر في النهاية بتكوين عرق وظالم صفة لا غير ، ورواية الفقهاء على الصفة والإضافة . وفي المغرب أي الذي عرق ظالم حق وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازاً ، كأنه غرسها على وجه الإغتصاب ليستوجبها به . وقال تاج الشريعة وروى بالإضافة ، أي ليس لعرق الفاصب حق ، أي ثبوت ودوام بل يؤمر بقلعه . قلت العرق في الأصل بكسر العين هو عرق الشجر والبدن ، ويجمع على عروق .

فإن قلت هذا حكم غرس الشجر والبناء فكيف حكم الزرع في أرض الغير . قلت روى أبو عبيدة في كتاب الأموال عن شريك عن أبي إسحاق عن عطاء بن أبي رباح عن رافع ابن خديج رضي الله تعالى عنهم عن النبي ﷺ قال من زرع في أرض قوم بغير إذنه فله نفقته وليس له من الزرع شيء ، ففضى على رب الأرض بنفقة الزرع وجعل الزرع لرب الأرض بنفقة الزارع ، قال والفرق بين الزرع والنخل أن الزرع إنما يكث في الأرض سنة ، إذا انقضت السنة رجعت الأرض إلى ربها فلم يكن لتأخير نزعها وجه .

وذكر في الوقعات الحسامية في باب الغصب بعلامة العين رجل غصب أرضاً فزرعها

ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ، ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها ، كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه ، فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعاً ،

حنطة ثم اختصا وهي بنذر لم ينبت بعد فصاحب الأرض بالخيار إن شاء تركها حتى ينبت ، ثم يقول له اقلع زرعك وإن شاء أعطاه ما زاد البنذر فيه . أما الخيار فلأنه لا طريق لتفريغ الأرض إلا ذلك ، فإن اختار إعطاء الضمان كيف يضمن ، روى هشام عن محمد أنه يضمن ما زاد البنذر فيه فتقوم الأرض غير مبذور ، وتقوم مبذور لكن يبنذر ولنغيره حق التقص والتقلع إذا نبت فضل ما بينها قيمة بنذر في أرض غيره .

وقال فيه أيضاً بعلامة الباء رجل التقى بنذره إلى أرضه وجاء رجل والتقى بنذره وبقي الأرض فنبت البذران جميعاً ، أو التقى فيها بنذره وقلب الأرض قبل أن ينبت بنذر صاحب الأرض فنبت البذران لا جميعاً فما نبت يكون للأرض عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، لأن خلط الجنس بالجنس استهلاك عنده وعليه للأول قيمة بنذره ، لكن مبذوراً وفي أرض ملكه . وطريق معرفة ذلك ما مر لكن ثمة يضمن قيمة بنذره في أرض نفسه ، فإن جاء صاحب الأرض وهو الأول فالتقى فيها بنذر نفسه مرة ثالثة وقلب الأرض قبل أن ينبت فيها البذران أو لم يقلب وسقى ما نبت من المبذور كلها فهو له وعليه للغاصب مثل بنذره مبذوراً في أرض غيره لأنه ألتف ذلك .

(ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها) أي في الأرض (ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها) أي فيؤمر شاغل أرض الغير باخلاؤها عما شغلها (كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه) بأن غصب ظرفاً فطرح فيه متاعه فانه يؤمر بتفريغه ، فكذا هذا .

(فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك) أي بقلع الغرس والبناء (فللمالك أن يضمن له) أي للغاصب (قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعاً) أي حال كون كل واحد من الغرس

ويكونان له لأن فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنها .

والبناء مقلوعاً ، وكان الاصول أن يكون مقلوعين على ما لا يخفى ، وليس المراد أن يقلعما ثم يقوموا لدلالة الحال عليه ، وإنما المراد يقومان وهما قائمان بقيمة ما لو كانا مقلوعين على ما يحمي الآن (ويكونان له) أي يكون الغرس أو البناء للمالك الأرض (لأن فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنها) أي لأن في هذا المذكور نظراً للمالك والغاصب جميعاً ، لأن في منع الغاصب من البناء والغرس إضراراً له لأنه عين ماله فلا يجوز منعه منها ، وفي قلعه وتسليمه ضرر على المالك وقد قال ~~عليه السلام~~ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام . وفيما ذكرنا نظر ورعاية للجانبين .

وفي الذخيرة والمحيط لو غصب ساحة وبنى عليها لا ينقطع حق المالك ، ثم قال وكان الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه مفصلاً فقال إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء ليس للمالك أن يأخذها ، وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها . قال مشايخنا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد . قال ومن كان في يده لؤلؤة فسقطت فابتلعها دجاجة إنسان ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة ، فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يغير صاحب اللؤلؤة بين أخذ الدجاجة بقيمتها وبين ترك اللؤلؤة وأخذ قيمتها .

وكذا لو أودع رجلاً فصلاً فكبر الفصيل حتى لم يكن إخراجه من البيت إلا بنقض الجدار ينظر إلى أكثرهما قيمة ويخير صاحب الأكثر بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه . وكذا لو كان للمستأجر حب في الدار المستأجرة لا يمكن إخراجها إلا بهدم شيء من الحائط ينظر أيها أكثر قيمة . وكذا لو أدخل رجل أترجة في قارورة غيره فكبرت الأترجة فلا خيار لأحد وضمن الفاعل لصاحب الأترجة قيمتها ، وتكون الأترجة والقارورة بالضم ، قيل يمكن أن يحاب عنها بأنه لا تعدي فيها بخلاف مسألة الفصب لأنه متعدد فلا يراهي حقه . وفي خلاصة الفتاوى رجل بنى حائطاً في كرم رجل بغير أمر صاحب الكرم فإن كان للتراب قيمة فالحائط للباني وعليه قيمة التراب ، فان غصب أرضاً وبنى حائطاً فجاء صاحبها وأخذ الأرض فأراد الغاصب النقص إن بنى الحائط من

وقوله قيمته مقلوعاً معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه ، لأن حقه فيه إذ لا قرار له فيه فيقوم الأرض بدون الشجر والبناء ويقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعة فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوباً فصبغة أحمر أو سويقاً فلتة يسمى . فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسله للغاصب ، وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما ، وقال الشافعي « رح ، في الثوب لصاحبه أن يمسه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ

تراب هذه الأرض ليس له النقض وتكون لصاحب الأرض ، وإن بنى الحائط من تراب غير هذه الأرض فله النقض .

(وقوله قيمته مقلوعاً) أي قول القدوري يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعاً (معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه ، لأن حقه فيه) أي لأن حتى صاحب الغرس في الغرس (إذ لا قرار له) أي للغرس أو البناء ، يعني لا نهاية لها بخلاف الذرع (فيه فيقوم الأرض بدون الشجر والبناء ، ويقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه) قوله لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه صفة لقوله شجر أو بناء (فيضمن فضل ما بينهما) أي فيضمن صاحب الأرض فضل ما بين القيمتين مثلاً إذا كانت قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير ومع الشجر الذي يستحق قلعه خمسة عشر ديناراً فيضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فتسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا في البناء (قال ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر ، أو سويقاً) أي قال القدوري والسويق بالسين يعمل من حنطة مقلية . وقد قيل بالصاد وهي لغة بني العبير (فلتة بسمن) أي خلطه من باب طلب يطلب (فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته ثوب أبيض ومثل السويق وسله للغاصب وإن شاء أخذهما) أي أخذ الثوب والسويق (وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيها) أي الثوب والسويق ، وبه قال مالك في الصبغ .

(وقال الشافعي رضي الله عنه في الثوب لصاحبه أن يمسه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ

بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساحة بنى فيها ، لان التمييز ممكن ،
بخلاف السمن في السوق ، لان التمييز متعذر .

بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساحة (بالحاء المهمة ، إن فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم يتضرر
الأرض به فكذلك هاهنا ، لان في كل منها شغل ملك الغير بملكه (بنى فيها ، لان التمييز
ممكن) معنى بالفصل والعسر ، وكذا في الخلط إذا كان التمييز ممكناً يجب التمييز
والرد ، وإن كان غير ممكن يجب رد مثله . وفي الوجيز وشرحه لو كان قيمة الصبغ
بقدر قيمة الثوب فيها شريكاً يبيعان ويقسمان الثمن بينهما . وفي الحلية إذا طالبه صاحب
الثوب بقلع صبغه وإذا امتنع الغاصب من ذلك ففيه وجهان ، أحدهما لا يجبر وهو قول
أبي العباس ، والثاني يجبر وهو قول ابن حيران وأبي إسحاق .

ولو طلب الغاصب بيع الثوب وامتنع صاحبه ففيه وجهان ، يجبر ليصل الغاصب إلى
حقه ، ولا يجبر . وفي الخلط إن كان بمثله وطلب المالك أن يدفع إليه حقه وامتنع
الغاصب في المنصوص الخيار للغاصب ، وفي وجه يلزمه دفعه إلى المالك . ولو خلطه بأجود
وبذله الغاصب صاعاً مثله ففيه وجهان في المنصوص الخيار للغاصب والثاني أنه يباع
الجميع ويقسم الثمن بينهما ، ولو خلطه بمادته أجبر الغاصب على دفع ملك المالك . وعند
مالك أخذه بالمثل من غيره . ومن أصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر
القيمتين . ولو خلط من غير جنسه لزمه صاع من مثله . ومن أصحابنا من قال يباع الجميع
ويقسم الثمن على قدر قيمتهما ، وبه قال مالك في صورتين . وعن أحمد مثله .

وفي منفي الحنابلة لو خلطه بما لا قيمة له كالذائب بالماء فإن أمكن تخليصه خلصه ورد
نقصه ، وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسد رجع عليه بمثله لأنه صار مستهلكاً وإن
لم يفسد رده ورد ما نقصه . وإن احتيج في تخليصه إلى غرامة لزمه الغاصب ، لانه بسببه ،
ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحواً مما ذكرنا .

(بخلاف السمن في السوق لان التمييز متعذر) لان السمن يدخل في أجزاء السوق ،
فلا يمكن إخراجه حتى لو كان يمكن فالحكم حينئذ يكون كما في الثوب .

ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه
صاحب الاصل . بخلاف الساحة بنى فيها ، لان النقض له بعد
النقض ، أما الصبغ فيتلاشى . وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب
الريح ، لانه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب ، فيتملك
صاحب الاصل الصبغ

(ولنا ما بينا) يعني في مسألة الساحة بالجيم بقوله وجه آخر لنا (أن فيه) أي في
ثبوت الخيار للمالك (رعاية الجانبين) أي جانب المالك وجانب الفاصب (والخيرة) أي
الخيار ، وهذا جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ إن شاء سلم الثوب إلى
مالكه وضعفه قيمة صبغه ، وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض فقال الخيار (لصاحب
الثوب لكونه صاحب الاصل) لان الثوب أصل والصبغ صفة ، فيكون كالبائع له
والسويق بمنزلة الثوب ، والسمن بمنزلة الصبغ .

(بخلاف الساحة) بالحاء المهمة أيضاً (بنى فيها ، لان النقض له بعد النقض) أي
الفاصب فلا يكون ماله صائغاً والنقض الاول بالنون المضمومة بمنزلة المنقوض ، وهو
كالحنث والاجر ، والنقض الثاني بالفتح مصدر نقضت الشيء إذا فككت تركيبه (أما
الصبغ فيتلاشى) بالفصل ، ولم يحصل للفاصب شيء ، فكذا أثبتنا الخيار له (وبخلاف
ما إذا انصبغ) الثوب (بهبوب الريح) بأن هبت الريح بصوب انسان والقتة في صبغ
غيره حتى انصبغ ، فإنه لا خيار له (لانه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب) أي
يضمن صاحب الصبغ ، وهو على صيغة المجهول بالتشديد ، والثوب منصوب على أنه مفعول
ثان (فيتملك صاحب الاصل الصبغ) فيتملك صاحب الاصل ، وهو الثوب بالرفع جواب
شرط محذوف ، أي إذا لم يكن صاحب الصبغ جانباً فيتملك صاحب الاصل وهو الثوب
الصبغ بدفع قيمته إلى صاحب الصبغ ، كذا ذكره في الكافي حيث قال وبخلاف ما إذا
انصبغ بهبوب الريح فانه لا يثبت الخيار لرب الثوب ، بل يؤمر به بدفع قيمة الصبغ
لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ .

قال أبو عصمة في أصل المسألة وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب
بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه ، لأن له أن لا
يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانين في البيع .
ويتأتى هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه

وفي الإيضاح لو انصبغ بغير فعل أحد فهو لرب الثوب ولا شيء عليه من قيمة الصبغ .
وفي قول أبي حنيفة وإن كان مصفراً أو زعفراناً قرب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه
ما زاد الصبغ فيه ، وإن شاء امتنع فيه فبيع الثوب فيصرف بقيمته ثوباً أبيض وصاحب
الصبغ بقيمة الصبغ في الثوب ، لأنه لم يوجد من أحد فعل هو سبب للضمان ، فانتفى
الضمان ، وصاراً شريكين وبه قالت الثلاثة .

(قال أبو عصمة) هو سعيد بن معاذ المروزي تلميذ إبراهيم بن يوسف ، وهو تلميذ
أبي يوسف القاضي رحمه الله (في أصل المسألة) أي في قوله ومن غصب ثوباً فصيفه
أحمر ، واحتجز بهذا القيد من أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما
يليه من مسألة الانصباغ ، وإن كانت مسألة الانصباغ كذلك ، لكن وقع من أبي عصمة
في أصل المسألة فلذلك قيد به تصحيحاً للنقل (وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته
أبيض وصاحب الصبغ) أي فيضرب صاحب الصبغ (بما زاد الصبغ فيه ، لأن له) أي لصاحب الثوب
(أن لا يملك الصبغ بالقيمة ، وعند امتناعه) أي عند امتناع صاحب الثوب عن تملك
الصبغ بالقيمة (تعين رعاية الجانين في البيع) لأنه طريق اتصال حق كل واحد منها إلى
صاحبه معنى (ويتأتى هذا) يعني يتيسر هذا الاختيار للمالك يعني قول أبي عصمة إن
شاء رب الثوب ... إلى آخره .

(فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه) من غير أن يكون لصاحب الصبغ فعل فيه ، لأنه
إذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ بدون جناية منه ، فعند امتناعه
عن تملك الثوب وتقدر تضمينه جبراً تعين البيع طريقاً للوصول إلى حقه إذا لم يرخص صاحب
الثوب بتملك الصبغ بالقيمة ، فأما في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ

وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السوق ، غير أن السوق من ذوات
الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته .
وقال في الاصل يضمن قيمة السوق ، لأن السوق يتفاوت
بالقلي فلم يبق مثلياً

يتعين له تضمين الغاصب بالثوب الأبيض والتحقيق أن ما قاله أبو عصمة لا يتأتى في أصل
المسألة ، لأن ثمة لصاحب الثوب أن يملك الصبغ بالقيمة أو يضمن الغاصب ، وإذا كان له
ذلك لا يتعين البيع عند امتناعه عن التملك بالقيمة ، وفيما إذا انصبغ ليس له أن يضمن
صاحب الصبغ لما أنه غير جائز فيه فيتعين البيع عند امتناعه من التملك (وقد ظهر بما
ذكرنا) في مسألة الصبغ والإنصباغ .

(الوجه) يعني جواب المسألة وتعليلها (في السوق) من حيث الخلط والاختلاط
بغير فصل والحاصل أن ما قلنا في غصب الثوب وصبغه فهو الوجه في غصب السوق ولته
بالسمن ، ويحيى قول أبي عصمة فيه ، إلا أن بين السوق والثوب تفاوتاً ، وهو أن
الضمان في غصب الثوب قيمته ، وفي السوق مثله لكونه مثلياً ، أشار إليه بقوله (غير
أن السوق من ذوات الأمثال فيضمن مثله ، والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته) .

(وقال في الأصل) أي المبسوط (يضمن قيمة السوق) لأن السوق يتفاوت بالقلي
فلم يبق مثلياً) وقال الحاكم في كافيته وإذا غصب سويقاً ، فقلته بسمن فصاحبه بالخيار
إن شاء ضمنه قيمة سويقه وإن شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب ما زاد فيه
من السمن . قال الشيخ علاء الدين الاسبيجاني وفيه إشكال ، وهو أنه
قال في الكتاب ضمنه قيمة السوق وأنه مثلي ولم يقل مثله ، وقد اختلف أصحابنا في
ذلك ، والصحيح ما ذكره في الكتاب ، لأن السوق أجزاء حنطة مقلية ، والحنطة بالقلي
تخرج من أن تكون من ذوات الأمثال ، لأن القلي يسد طريق المائلة فلا يكون السوق
مثلياً . وذكر صدر الإسلام أبو اليسر في شرح الكافي أن السوق من ذوات القيم وإن كان
مكيلاً ، وقال كل مكيل لا يكون مثلياً وكذلك كل موزون لا يكون مثلياً ، إنما المثلي
من المكيلات والموزونات ما هي متفاوتة فليس بمثلي كالعديدات ، فإن للمقاربة أمثال .

وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه ، والصفرة كالحمرة .
ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة . وقيل
هذا اختلاف عصر وزمان ، وقيل إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو
نقصان ، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة ،

وأما المتفاوتة فلا ، وكان المكيلات والموزونات والعدييات سواء . وكذا يجب أن تكون
الزرعيات على هذا وبين السويق والسويق قد يكون تفاوت فاحش بسبب القلي فلا تكون
أمثالا متساوية .

(وقيل المراد منه) أي من القيمة ، ذكر الضمير بتأويل ما يقوم (المثل سماه به) أي
سمى محمد « رح » المثل القيمة في قول يضمن قيمة السويق ، وتذكير الضمير في به على
التأويل الذي ذكرنا (لقيامه مقامه) أي لقيام المثل مقام المنصوب (والصفرة كالحمرة)
يعني فيما إذا صبغ المنصوب بالصفرة فتحكمه حكم ما إذا صبغه بالحمرة في الوجوه
كلها مع الخلاف .

(ولو صبغه أسود) أي ولو صبغ الثوب المنصوب صبغاً أسود (فهو نقصان عند أبي
حنيفة) فإذا كان نقصاناً فارب الثوب أن يأخذه ولا يعطيه شيئاً عنده (وعندهما زيادة)
كالحمرة والصفرة فيجزىء فيه ما يجزىء فيها .

(وقيل هذا اختلاف عصر وزمان) فإن أبا حنيفة كان في زمن بني أمية وكانوا
يتمتعون عن لبس السواد ، فأجاب على ما شاهد ، وهما أجابا على ما شاهدا من عادة بني
العباس بلبس السواد ، وكان أبو يوسف يقول أولاً يقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وأمر
بلبس السواد احتاج إلى التزام الزيادة بالصبغ وقال السواد زيادة . وحكي أن هارون
الرشيد شاور مع أبي يوسف في لون الثوب للباس فقال أبو يوسف الألوان ما يكتب به
كتاب الله تعالى ، فاستحسنه هارون منه ذلك واختار لون السواد وتبعه من بعده .

(وقيل إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان ، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة)
الحاصل من هذا لأنه لا خلاف في الحقيقة في هذه المسألة ، وإنما يرجع إلى العادة في كل

وقد عرف في غير هذا للوضع ولو كان ثوباً ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبيغ إلى عشرين فمن محمد «رح» أنه ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة ، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبيغ

زمان ، فإن كان السواد زيادة غرمه المالك والا لم يفرمه ، كذا ذكره القدوري في شرحه مختصر الكرخي (وقد عرف في غير هذا الموضع) أي في شرح مختصر الكرخي وغيره من الكتب المبسوطة .

(ولو كان ثوباً) أي ولو كان المنصوب المصبوغ ثوباً (ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبيغ إلى عشرين فمن محمد أنه ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة) ولا تنقص قيمته به (فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم) لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ على قيمة الصبيغ خمسة ، فالخمس بالخمس قصاص ، ويرجع عليه ما بقي من النقصان وهي خمسة ، وهو معنى قوله (لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبيغ) هذه رواية هشام عن محمد ، كذا في الميون .

وقال الولوالجي في فتاواه ولو غصب المصفر صاحب الثوب وصبيغ به ضمن مثل ما أخذ ، لأنه استهلكه ، فإن لم يقدر عليه فهو على الاختلاف الذي عرف فيما ينقطع عن أيدي الناس وليس لصاحب المصفر أن يحبس الثوب لأن الصبيغ فيه كالمالك ، والسواد هنا كالمصفر عند أبي حنيفة «رح» أيضاً ، لأن الضمان يجب بإتلاف الصبيغ . ولو وقع الثوب بنفسه في الصبيغ فأنصبيغ ، فإن كان أسوداً يأخذ رب الثوب ولا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإن كان عصفراً أو زعفراناً قرب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه بما زاد الصبيغ فيه ، وإن شاء فيه باع الثوب ويضرب فيه صاحب الثوب بقيمته وصاحب الصبيغ بقيمة الصبيغ من الثوب ، لأن المالك لم يرض بالتزام ضمان الصبيغ ، ولا يضمن صاحب الصبيغ ما هنا ، لأنه لا صبيغ له بخلاف ما قبله .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله السواد والمصفر سواء ، وكذلك الثمن يختلط بالسوق

فصل

ومن غصب عيناً فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها ، وهذا عندنا ،
وقال الشافعي لا يملكها ،

والسويق بمنزلة الثوب لأنه أصل والسمن كالصبغ . وأما العسل والسويق إذا اختلطا فكلهما أصل . ولو غصب ثوباً من رجل وصبغه بعصفر الآخر ثم ذهب الفاعل فلم يعرف فهو كما لو اختلط بغير فعل لأحد ، لأنه تعذر اعتبار فعله للضمان فهو كالعدم . ولو كان صاحب الثوب غصب العصفر ثم باعه فلا سبيل لصاحب العصفر على المشتري ، لأن الفاسب استهلكه . ولو أن صاحب العصفر غصب الثوب وصبغه ثم باعه وغاب وحضر صاحب الثوب قضى له بالثوب ، لأنه ملكه ويستوف منه بكفيل ، لأن للفاسب فيه حقاً وهو الصبغ . ولو غصب ثوباً وعصفرأ لرجل واحد وصبغه كان للمالك أن يأخذه مصبوغاً وبرىء الفاسب من الضمان ، لأن مال الانسان لا يستهلك بحاله بالخلط انتهى .

وقال في شرح الطحاوي ولو اغتصب من رجل ثوباً ومن الآخر صبغاً فصبغه ضمن لصاحب الصبغ صبغاً مثل صبغه لأنه أ تلف صبغه حين صبغ به الثوب فصار بعد ذلك كأنه صبغ بصبغ نفسه ، وقد مر بيان ذلك . ومما يتصل بالمسائل فتح رأس تنور حتى يرد فعلية قيمة الحطب مقدار ما يسخن به ، ويمكن أن يقال ينظر بكم يستأجر التنور المسجور للانتفاع فيضمن ذلك القدر أو ينظر إلى أجرته مسجوراً وغير مسجور فيضمن تفاوت ما بينهما ، والله أعلم بالصواب .

(فصل)

أي هذا الفصل يحتوي على مسائل متفرقة تتعلق بالغصب ، فلذلك أخره .
(ومن غصب عيناً فغيبها) بالعين المعجمة (فضمنه المالك قيمتها ملكها) أي ملك الفاسب تلك العين ، وبه قال مالك (وهذا عندنا) أي تملك الفاسب العين المفضومة بعد الضمان مذهبنا .

(وقال الشافعي لا يملكها) وبه قال أحمد « رح » حتى لو ظهر من يستردها ويرد

لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدبر .
ولنا أنه ملك البديل بكماله والمبديل قابل للنقل من ملك إلى ملك
فيملكه دفعاً للضرر عنه بخلاف المدبر لأنه غير قابل
لنقل لحق المدبر

القيمة . وقال البرغوي فائدة الخلاف في ملك اكتسب ونفود البيع وجوب الكفن على
الغاصب لأنه ملكه عندنا (لأن الغصب عدوان محض) أي حرام خالص ما فيه وجه
إباحة (فلا يصلح سبباً للملك) لأن الملك مشروع وغير المشروع لا يكون مقضياً إلى
المشروع إذ أدنى درجات السبب أن يكون إباحة فلا يملكه (كما في المدبر) بأن غصبه
وغيبه وضمن قيمته ، فانما يملكه بالإتفاق .

(ولنا أنه) أي المالك (ملك البديل) وهو القيمة (بكماله) أي يبدأ ورقبة وكل من
ملك بدل شيء خرج المبديل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البديل دفعاً
للضرر عن مالك البديل ، لكن يشترط أن يكون المبديل قابلاً للنقل من ملك إلى ملك ،
أشار إليه بقوله (والمبديل قابل للنقل من ملك إلى ملك) احتراز عن البديل فانه غير
قابل للنقل على ما يبيح الآن (فيملكه) أي إذا كان كذلك يملك الغاصب المنصوب أداء
البديل (دفعاً للضرر عنه) أي عن الغاصب وتحقيقاً للمعدل كما في سائر المبادلات .

(بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر) وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو
الغصب ، وإلا لم يكن تعليل صح الثلاثة مالك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد ، فانه
قال في الأسرار قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المنصوب عند القضاء بالضمان أو
التراضي . وقال شمس الأئمة في المسوط وهذا وهم ، فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان
من وقت الغصب للغاصب حقيقة ، وهذا لا يسلم له الولد . ولو كان الغصب هو السبب
للملك لكان إذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمتفصلة ومع هذا في هذه
العبارة بعض الشبهة ، فالغصب عدوان محض ، والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون
سببه مشروعاً مرغوباً فيه ، ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سبباً له ، فانه مرغوب

للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به . ولا يجوز إضافة مثله إلى الشروع .

قيل فيه نظر ، لأنه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنه يوجب مطلقاً ، بل بطريق الاستناد ، والثابت به ثابت من وجه دون وجه ، فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنقطعة . ولا نسلم أن يقال الغصب موجب لرد العين والقيمة عند تعذر رد العين ، ثم ثبت الملك للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لا مقصوداً بالغصب ، ولهذا لا يملك الولد فانه بعد الانفصال لا يبقى تبعاً وما يثبت شرطاً يثبت تبعاً ، والكسب ليس كذلك ، لأنه بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً فيملكه الغاصب .

وقال الإمام الأسبجاني في شرح الطحاوي فإذا أبق العبد المفعوب من يد الغاصب فالمالك بالخيار إن شاء انتظر إلى ظهوره عليه فيأخذه ، وإن شاء لم ينتظر وضمن للغاصب قيمته . فلو ظهر العبد بعد ذلك فانه ينظر إن أخذ صاحبه القيمة التي سماها ورضي بها إما بتصادقهما عليها أو بقيام البينة أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله له أن يأخذ عبداً بعينه . ولو أخذ القيمة بقول الغاصب ويمينه على ما يدعيه المالك من الزيادة فإن المالك بالخيار إن شاء حبس القيمة ورضي بها وسلم العبد إلى الغاصب ، وإن شاء رد القيمة التي أخذها ويسترد العبد وللغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة . ولو مات العبد عند الغاصب قبل رد القيمة عليه فلا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة إن كان في قيمة العبد فضل على ما أخذ ، وإن لم يكن فيه فضل فلا شيء له سوى القيمة المأخوذة .

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال إذا ظهر العبد وقيمه مثل ما قال المالك فلا خيار للمالك ولا سبيل له على العبد في ظاهر الرواية له الخيار من غير تفصيل ، ولو كان المفعوب مدبراً وأبق عند الغاصب فإنه يضمن القيمة ، لأن المدبر يضمن بالغصب ، ولكنه لا يصير ملكاً للغاصب حتى أنه لو ظهر يرده على مولاه ويسترد منه القيمة وليس للغاصب حبسه لأجل القيمة لأنه لا يجوز بيعه ولا يجوز حبسه بالدين . وإن كان المفعوب أم ولد فلا ضمان على الغاصب عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن في أصله أن أم الولد ليست بمال ،

نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء ، لكن البيع بعده يصادف القن . قال
والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لأن المالك يدعي الزيادة
وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه . إلا أن يقيم المالك البينة
بأكثر من ذلك لأنه أثبتته بالحجة الملزمة

وعندهما هي كالدبر . و فرق أبو حنيفة رحمه الله بينهما في الغصب وساوى بينهما في الشراء .
ولو قبضهما المشتري بتسليم البائع وملك عند المشتري فلا ضمان عليه فيهما جميعاً عند أبي
حنيفة رحمه الله ، وعندهما يضمن القيمة فيهما جميعاً . ولو جني على كل واحد منهما واجب
الإرث فيهما جميعاً على الجاني بالإجماع ، انتهى .

(نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء) هذا جواب عما يقال لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل ،
فإن مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير . وتقرير الجواب
القول بالوجوب يعني هو كذلك لكن في ضمن قضاء القاضي في الفصل المشار إليه (لكن
البيع بعده يصادف القن) لا المدبر فيجوز بيعه القن بهذا الطريق ، وأما ما نحن فيه فلم
ينفسخ التدبير والكلام فيه .

(قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) أي قال القدوري رحمه الله وهذا لا
يعلم فيه خلاف (لأن المالك يدعي الزيادة وهو ينكر) أي الغاصب ينكر تلك الزيادة
(والقول قول المنكر مع يمينه) لقوله ~~على يمينه~~ اليمين على من أنكر (إلا أن يقيم المالك
البينة بأكثر من ذلك) أي من الذي يدعيه الغاصب (لأنه أثبتته) أي لأن المالك أثبت
مادعاءه من الزيادة (بالحجة الملزمة) وهي البينة ، فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين
الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه ، لأن
بينته تنفي الزيادة ، والبينة على النفي لا تقبل .

وقال بعض المشايخ ينبغي أن يقبل لاسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فالقول
قوله . ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أبو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت
مشكلة . ومن المشايخ رحمهم الله من فرق بين هذا ، ومسألة الوديعة وهو الصحيح ، لأن

قال فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما يضمن وقد ضمنها بقول المالك أو بينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث

المودع ليس عليه إلا باليمين وإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة . وأما الغاصب فعليه هاهنا اليمين والقيمة ، وإقامة البينة لم يسقط اليمين ، فلا يكون في مانع المودع . وفي المبسوط والذخيرة في دعوى الغصب ذكر الجنس والصفة ليس بشرط كما في سائر الدعاوى ، لأن محمد رحمه الله ذكر في الأصل أقام بينة على رجل أنه غصب جارية له يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها . قال الحلواني رحمه الله هذه المسألة مما يحفظ ، لأنه قال أقام بينة ولم يذكر جنسها وصفتها وقيمتها . قال بعض المشايخ رحمهم الله تأويل المسألة أنه ذكر الجنس والصفة والقيمة .

وقال أبو بكر الأعمش تأويلها أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك ، فأما الشهادة على فعل الغاصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب ، لكن القضاء بالمجهول غير ممكن ولكن الأصح أن هذه الدعوى والشهادة مقبولة بدون ذكر الجنس والصفة للضرورة ، لأن الغاصب يمتنع عن إحضار المغصوب عادة وحين يغصب إنما يأتي من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فحفظ اعتبار علمهم للتعذر فصار ثبوت ذلك الغصب بالبينة كثبوته بإقراره فيحبس .

(قال فإن ظهرت العين) أي قال القدوري فإن ظهرت العين المغصوبة (وقيمتها أكثر مما يضمن) أي والحال أن قيمتها أكثر مما ضمن الغاصب (وقد ضمنها بقول المالك) أي والحال أنه قد ضمن الغاصب العين المغصوبة بقول صاحبها (أو بينة أقامها) أي وضمنها بينة أقامها المالك (أو بنكول الغاصب عن اليمين) بأن عجز المالك عن إقامة البينة على ما ادعاه فطلب يمين الغاصب فنكل عنها وحكم عليه بما ادعاه المالك (فلا خيار للمالك) في هذه الصور كلها وبه قال مالك . وعند الشافعي رضي الله عنه وأحمد له الخيار لعدم زوال ملكه عندهما عنه (وهو) أي العين المغصوبة ذكر الضمير على تأويل

ادعى هذا المقدار . قال فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو
بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض لأنه
لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة وأخذه دونها لعدم
الحجة ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل
الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافاً لما قاله
الكرخي أنه لا خيار له

المقصود () للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصال به رضاء المالك حيث ادعى هذا
المقدار () ولم يدع الزيادة .

(قال وإن كان ضمنه) أي قال القدوري ، أي وإن كان المالك ضمن الغاصب (بقول
الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض
لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة) أراد أن رضاه بهذه المبادلة لم يتم ، وإنما
أخذه بما زعمه الغاصب ضرورة عدم البينة ، وإن الشيء خير من لا شيء وعدم تمام
الرضى يمنع لزوم المبادلة ، كما إذا باع مكراً وسلم مكراً (وأخذه دونها لعدم الحجة)
هذا جواب عما يقال إن أخذه القيمة . وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضى فكانت
المسألة كالأولى ، فأجاب بقوله وأخذه دونها ، أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على
تمام الرضى ، لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة ، فلا يدل على رضاه ،
بخلاف المسألة المتقدمة ، لأن دعواه ملك القيمة كانت باختياره .

(ولو ظهرت العين وقيمتها) أي والحال أن قيمتها (مثل ما ضمنه أو دونه في هذا
الفصل الأخير) يعني فيما ضمنه الغاصب بقوله مع يمينه (فكذلك الجواب) يعني فهو
بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض (في ظاهر الرواية
وهو الأصح) لأنه هو المذكور في الأصل مطلقاً ، وكذلك الطحاوي أطلق
الرواية في مختصره .

(خلافاً لما قاله الكرخي أنه لا خيار له) لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله (لأنه لم

لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضاء
قال ومن غصب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه ،

يتم رضاه (دليل قوله وهو الأصح لا دليل قول الكرخي (حيث لم يعطه) أي المالك ،
وهو على صيغة المجهول (ما يدعيه) من القيمة (والخيار لفوات الرضاء) أي ثبوت الخيار
له لفوات رضاه بما أعطى من القيمة ، وقد ذهب القدوري في شرحه لمختصر الكرخي إلى
ما ذهب إليه الكرخي حيث قال فأما إذا قضى عليه بقوله ثم ظهرت العين وقيمتها مثل
ما قال الغاصب أو أقل فلا سبيل لصاحبها عليها ، لأنه استوفى البدل ولم يظهر فيه زيادة .
وأما إذا كانت القيمة أكثر مما قال الغاصب فالمقصوب منه بالخيار ، وذلك لأنه لم
يستوف بدل العين الذي ادعاه ولم يرض بزوال ملكه عنها بما دون ذلك من البدل ،
فكان له الخيار .

ثم قال القدوري وكان أبو بكر الرازي يقول إن هذا محمول على أن هذه الزيادة لا تجوز
أن تكون مما يحدث مثلها فيما بين التضمين والظهور ، فأما إذا كانت مما يجوز أن يحدث
فادعى الغاصب أنها حدثت وادعى المقصوب منه إن كانت فالقول قول الغاصب
مع يمينه ، لأن التملك قد صح ، ويجوز أن يكون الأمر على ما قال الغاصب فلا
يفسخ التملك بالشك .

ثم قال القدوري ومن أصعبنا من قال لا رواية في العين إذا ظهرت وقيمتها مثل ما
قال الغاصب هل يثبت للمالك الخيار أم لا ، وهو موضع محتمل ، وقد قال محمد في الغصب
ما يدل على أنه يثبت له الخيار لأنه قال في تعليل مسألة القيمة إذا كانت ناقصة ، لأن
المالك لم يستوف ما ادعى من القيمة ، وهذا يدل على أن القيمة إن كانت تامة فالخيار
ثابت له ، لأنه لم يستوف ما قال من القيمة . وذكر أبو يوسف في الإيلاء ما يدل على أنه لا
خيار له ، لأنه قال في تعليل مسألة نقصان القيمة ، لأن المالك لم يستوف القيمة بكاملها ،
وهذا يدل على أنه إذا استوفها لا خيار له والله أعلم .

(قال ومن غصب عبداً) أي قال في الجامع الصغير ومن غصب عبد رجل (فباعه
فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه) وبه قال أحمد « رخ » في رواية . وقال في أخرى

وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه ، لأن الملك الثابت فيه ناقص
لثبوته مستند أوضرورة ، ولهذا يظهر في حق الأكساب دون الأولاد
والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب . قال وولد

لا يجوز بيعه كالاتاق ، وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك كتصرفات الفضولي .
(وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه ، لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوت مستند)
والثابت بالاسناد ثابت من وجه حكماً لا حقيقة ، فيكون ناقصاً والناقص يكفي للبيع
دون العتق على مايجيء (أو ضرورة) أي يثبت ملك الغاصب ضرورة القضاء بالضمان كيلا
يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد والثابت بالضرورة ثابت من وجه دون وجه .
(ولهذا) أي ولأجل ثبوت الملك له ضرورة (يظهر في حق الأكساب دون الأولاد)
أي يظهر ثبوت ملك الغاصب في حق الأكساب ، ولا يظهر في حق الأولاد بأن غصب
جارية فكسبت أكساباً قبل أداء الغاصب الضمان ، فالأكساب للغاصب ، ولو ولدت
أولاداً قبل أدائه الضمان ثم أدى الضمان فالأولاد للمفصوب منه فيكون الملك ناقصاً ، إذ
لو كان تاماً لكان الأولاد بأداء الضمان كما في البيع ، فإن من اشترى جارية فولدت قبل
أداء الثمن ثم أدى المشتري لتمام الملك (والناقص) أي الملك الناقص (يكفي لنفوذ
البيع دون العتق كملك المكاتب) فانه يملك البيع ولا يملك العتق ، لأن ملكه ناقص ،
وإنما قال باعتاق الغاصب ثم تضمينه احترازاً عن اعتاق المشتري من الغاصب فإن فيه
روایتين ، في رواية يصح إعنتاقه وهو الأصح ، قياساً على الوقف ، وفي رواية لا يصح .
وفي الكافي للحاكم هذا فيما إذا أعتق الغاصب ، أما إذا أعتق المشتري من الغاصب
فأجاز المالك البيع فيه خلافاً فعمد أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف يصح اعتاقه موقوفاً
على إجازة المالك البيع ، فإذا أجاز نفذ على المشتري ، ويكون الولاء له . وقال محمد
وزفر (رح) لا يصح ، وقال أبو سليمان هذه رواية محمد رحمه الله عن أبي يوسف أنه لا يجوز
عتقه . وقال ابن أبي ليلى عتق المشتري من الغاصب قيمته ، وإن كان مات ثم سلم رب
العبد لم يجز البيع .

المغصوبة ونهاؤها وثمره البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلى أن يتعدى فيها أو يطلبها مالکها فيمنعها إياه ، وقال الشافعي « رح » زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه . ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

(قال وولد المغصوبة ونهاؤها) أي قال القدوري ، أي ولد الجارية المغصوبة ونهاؤها كالسمن والجمال سواء غصبها حاملاً وولدت عنده أو حبلت في يد الغاصب (وثمره البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه ، إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالکها فيمنعها إياه) وبه قال مالك « رح » وأما الكسب الحاصل باستغلال الغاصب ليس بنماء وغير مضمون على الغاصب لأنه بدل المنفعة وهي غير مضمونة على الغاصب على ما يحیی .

(وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت) كالسمن والجمال (أو منفصلة) كالولد والثمر ، وبه قال أحمد رحمه الله (لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه) فتكون مضمونة (كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه) لأن ضمان الأصل باعتبارية مبطة عليه ، وهذه اليد ثابتة بعينها على الزيادة لحدوثها في ملك اليد فتصير مضمونة ضرورة .

(ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه) في أول كتاب الغصب وإثبات اليد على ذلك الوجه ليس بوجوده على ما نحن فيه ، لأنها ما كانت ثابتة ، وهو معنى قوله (ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) .

ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ، إذ الظاهر عدم المنع ، حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب ، وذلك بأن أتلفه أو ذبحه فأكله أو باعه وسله

فان قيل هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حملاً ، لأن اليد كانت ثابتة عليه ، وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأسرار . أجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال ، بل يعد عيباً في الأمة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال للغير .

سلمنا ذلك لكن لإزالة ثمة ظاهر ، إذ الظاهر عدم المنع عند الطلب ، أشار إليه بقوله (ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع) يعني لو اعتبر يد المالك ثابتة على الولد تقريراً تبعاً للملك الأم ، فانه ما زال اليد التقديري لا يمنعه عند الطلب ، بخلاف الأم ، فان الزائل ثمة اليد الحقيقي فيتحقق الغصب باعتباره (حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب) أي مختصر القدوري (وذلك بأن أتلفه أو ذبحه فأكله أو باعه فسله) إنما ذكر التسليم لأن التمدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعد ، فإن تقويت يده يحصل به ، لأنه كان متمكناً من أخذ من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع .

فان قيل إن الأم مضمونة البتة والأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد كالحرية والرقبة والملك في الشراء . أجيب بالضمان ليس بصفة قارة في الأم ، بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب ، فان وصف به المال كان مجازاً .

فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمانة زيفها ، وذلك كغاصب الغاصب ، فانه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والمسقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يداً ، والقروور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يداً في حق الولد ويضمن الأموال بالإتلاف تشبيهاً كحفر البئر في غير الملك ، وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها . فالجواب إنما قلنا أن الغصب على التفسير المذكور

وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع ، وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ، ولو أطلق الجواب فهو ضمان جنابة ولهذا يتكرر بتكررها ، ويجب بالإعانة

يوجب الضمان مطرداً لا محالة . وأما إن كل ما يوجب الضمان كل غصب فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً يثبت كل شخص منه من العلة ما يكون تعدياً .

(وفي الظبية المخرجة من الحرم) هذا جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم ، تقريره أن القياس غير صحيح ، لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهو ظاهر الفساد ، لأنه لا ضمان عليه ، وهو معنى قوله (لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع) وإن قال عليها بعد التمكن فكذلك ، لأن الضمان فيه باعتبار المنع ، وهو معنى قوله (وإنما يضمنه) أي الولد (إذا هلك بعده) أي بعد التمكن من الإرسال (لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع) لا باعتبار أن الأم مضمونة (على هذا الوجه أكثر مشايخنا) المتقدمين .

(ولو أطلق الجواب) أي في ولد صيد الحرم بأن يقال يجب الضمان سواء هلك بعد التمكن من الإرسال أو قبل التمكن (فهو ضمان جنابة) أي الضمان في صيد الحرم ضمان جنابة ، أي إتلاف معنى الصيدية ، وقد حصل الإتلاف والإهلاك معنى بتفويت الأمن فوجب الضمان (ولهذا) أي ولأجل كونه ضمان جنابة والإتلاف (يتكرر) أي الجزء (بتكررها) أي بتكرر الجنابة ، فإنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر . وفي فتاوى اللؤلؤ الجي لو أخرج صيداً فكفر منه ثم رماه بعد ذلك وقتله فعليه كفارة أخرى . قيل ويمحوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجنابة التي هي الإخراج من الحرم . قالت هذا له معنى ، ولكن الأقرب ما ذكر أولاً .

(ويجب) أي الضمان (بالإعانة) بأن أعان رجل لمن قتل صيد الحرم فإنه يجب على

والإشارة ، فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق
الامن أولى وأخرى . قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب
فإن كان في قيمة الولد وفاء به

المعين أيضاً جزاء كامل ، كما يجب على القاتل إذا كانا محرمين ، وأما إذا كانا إحلالين فعليهما
جزاء واحد ، وعلى كل حال يجب على المعين كما يجب على المباشر (والإشارة) بأن أشار
غيره على صيد الحرم فقتله فأنهما مشتركان في الجزاء ، وكذا المحرم إذا أشار محرماً آخر
على قتل صيد الحل فإنه يجب على كل منهما جزاء (فلأن يجب بما هو فوقها) أي فوق
الإعانة والإشارة (وهو إثبات اليد على مستحق الامن) وهو صيد الحرم لأنه مستحق
الامن بالنص (أولى) خبر لقوله فلأن يجب ، وان مصدرية ، والتقدير فالوجوب بما هو
فوقها أولى (وأخرى) عطف على أولى ، وهو أيضاً بمعناه ذكر للتأكيد .

فان قيل تفويت الامن في حق صيد الحرم سبب صالح لوجوب الضمان لا في حق كل
الصيود ، والولد ليس بصيد الحرم ، بدليل أنه يحل بيعه وأكله ، فلو كان صيد الحرم لما
حل ، ولان تفويت الامن يتصور بعد ثبوته في حق الولد لانه كما حدث خائفاً فلا يتصور
تفويت الامن في حق الخائف . أجيب بأن الولد لم يكن صيد الحرم من كل وجه ، بل
من وجه بدليل أنه يجب إرساله وأكله وإن كان يحل ولكنه يكره . وإنه وإن
حدث خائفاً ولكنه مستحقاً للأمن فصار كالامن حكماً ، فافهم .

(قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب) أي قال القدوري وقوله وما
مبتدأ ، أي والذي نقصت الجارية . وقوله في ضمان الغاصب خبره ، العائد على الموصول
محذوف ، أي والذي نقصته الجارية ، صورته غضب أمة رجل تساوي ألفاً مثلاً ، فولدت
في يده ولداً قيمتها خمسمائة مثلاً ، أو نقصت بالولادة حتى صارت قيمتها خمسمائة فإنه
يضمن النقصان ولكنه ينجبر بالولد على ما يأتي مفصلاً ، وبه قال مالك إذا جيئت بعد
الغضب ، أما لو غضب حاملاً ضمن بعد الولادة ولا ينجبر بالولد ، وعندنا ينجبر .

(فان كان في قيمة الولد وفاء به) أي بالذي نقص الجارية وهذا تفسير لقوله وما

جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب، وقال زفر والشافعي
«رح»، لا يجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصح جابراً
لملكه، كما في ولد الظبية، وكما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت
الأم وبالولد وفاء، وصار كما إذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم
شجرة غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم.

نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فلذلك ذكره بالغاء، أي فإن كان قيمة الولد تقى
ذلك النقصان (جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) أي ضمان ما نقصت ،
لأننا قد قلنا في الصورة المذكورة أن نقصان الجارية خمسمائة فجبر ذلك النقصان برد الولد
مع الام ولا يلزم غيره ذلك عندنا .

(وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر النقصان بالولد) وبه قال أحمد رحمه الله
(لان الولد ملكه) أي ملك الغاصب (فلا يصح جابراً لملكه) لان الضمان جبر ما فات
منه ولم يوجد (كما في ولد الظبية) إذا أخرجها من الحرم ونقصت قيمتها بسبب الولادة
وقيمة ولدها يساوي ذلك النقصان فانه لا ينجبر بها ، يجب ضمان النقصان مع وجوب
ردها إلى الحرم .

(وكما إذا هلك الولد قبل الرد) أي قبل رد الام ، فانه يجب ضمان النقصان (أو
ماتت الام) أي بسبب الولادة ، هكذا نص بالأسرار والإيضاح (وبالولد وفاء) أي
والحال أن بقيمة الولد وفاء (وصار) أي حكم هذا (كما إذا جز صوف شاة غيره) أي
شاة لغيره فنبت صوف غيره (أو قطع قوائم شجرة غيره) فنبت قوائم أخرى مكانها
فان بقيتها لا ينجبر بالنقصان (أو خصى عبد غيره) بأن قلع خصيته فانه نقصان فيه ،
ولكن ازدادت قيمته بسبب الخصي فانه يضمه نقصان الخصية كما لو تردد قيمته (أو
علمه الحرفة) أي أو علم عبد غيره الحرفة (فأضناه) بسبب (التعليم) فلا ينجبر ما أضناه
بالتعليم بما ازدادت قيمته بسبب علم الحرفة .

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلق على ما عرف ، وعند ذلك لا يعد نقصاناً فلا يوجب ضماناً ، وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتهما ثم نبئت . أو قطع يد المغصوب في يده وأخذ إرشها وأداه مع العبد يحسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع ،

(ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو) أي السبب (الولادة) عندهما (أو العلق) عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه (على ما عرف) في طريق الخلاف تقرير هذا أن الولد خلف عن الخبر الفائق بالولادة بطريق اتحاد السبب ، وهو أن الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الأصل وحدث مالية الولد ، لانه وإن كان موجوداً قبل الانفصال لكنه ما كان مالاً بل كان عيباً في الأم وصفاً لها ، وإنما صار مالاً مقصوداً بعد الانفصال والسبب الواحد متى أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان كالبيع لما زال المبيع عن ملك البائع وادخل الثمن في ملكه كان الثمن خلفاً عن مالية المبيع باتحاد السبب ، حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمننا شيئاً .

(وعند ذلك) أي كون الشيء الواحد سبباً للزيادة والنقصان (لا يعد نقصاناً) أي بعد النقصان الحاصل نقصاناً لحصول الزيادة في مقابلته (فلا يوجب ضماناً) أي إذا كان كذلك فلا يوجب النقصان ضماناً ، ثم أوضح ذلك بقوله (وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتهما ثم نبئت) أي ثنيتهما غير للساقطة والثنية واحدة الثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل ، سميت بذلك لان كل واحدة منهما مضمونة إلى صاحبها .

(أو قطع يد المغصوب في يده) أي أو قطع يد المغصوب في يد الغاصب (وأخذ إرشها) أي وأخذ الغاصب إرش اليد المقطوعة من الجاني (وأداه مع العبد) أي أدى الغاصب الإرش مع العبد إلى المالك (يحسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع) هذا

وكذا إذا ماتت الأم ، وتخرج الثانية أن الولادة ليست سبب لموت الأم ، إذ الولادة لا تفضي إليه غالباً .

جواب عن قول زفر والشافعي رحمهما الله ، كما في طبيته . وتقريره لا نسلم أن نقصان
الطبية بالولادة لا يجبر بقيمة الولد كما قال ، بل قيل انه يصلح أن يكون جابراً ، وإليه
ذهب المصنف فعلى هذا يمنع قياسهما عليه .

(وكذا إذا ماتت الأم) يعني أن القياس على موت الأم أيضاً ممنوع ، يعني لا نسلم أن
الأم إذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة الولد إذا كان فيها وفاء ، بل يجبر كما قيل في
غير ظاهر الرواية .

(وتخرج الثانية) أي الرواية الثانية فإذا ماتت الأم لا تنجبر بالولد وهو ظاهر
الرواية . الحاصل هاهنا أن في مسألة موت الأم روايتان ، في أحدهما يجبر النقصان فلا
يتأتى علينا . وفي الثانية لا يجبر ويتأتى علينا ظاهراً . ولكن أشار إلى الجواب عنه
بقوله (أن الولادة ليست بسبب لموت الأم ، إذ الولادة لا تفضي إليه غالباً) أي لأنه لا
تفضي الولادة إلى الموت في غالب الاحوال ، أراد أن كلامنا فيما إذا كان السبب واحداً
وهاهنا ليس كذلك ، فان الولادة سبب للزيادة وليس بسبب لموت الام ، إذ لا
يفضي إليه غالباً .

فإن قلت إنها أفضت إليه في هذه الصورة فتكون سبباً . قلت هو بالنظر إلى أوضاع
أسباب التصرفات لا إلى أفرادها ، ألا ترى أن الصبي لا يؤهل للطلاق والعناق وإن تحقق
النفع في صورة ، لأنها في الأصل سبب المضار . وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية
أخرى وهو أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ، ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام ،
لان الولادة لا توجب الموت ، فالتقصان بسبب الولادة دون موت الام ورد القيمة
كرد العين . ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبوراً بالولد ، فكذا رد قيمتها ، فصار
فيه ثلاث روايات . وذكر في الطريق البرهانية إذا ماتت الأم وبالولد وفاء فقد روي
عن أبي حنيفة « رح » ثلاث روايات ، في رواية يصير الولد خلفاً ، وفي رواية لا يكون
خلفاً ، وفي رواية يكون خلفاً عما انتقصت بالولادة . قال فنحن نختار الرواية التي قال
فيها انه يكون خلفاً عن الام .

وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة
فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض
الفسقة ولا اتحاد في السبب فيها وراء ذلك من المسائل لأن سبب
النقصان القطع والجزء ، وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم
والزيادة سببها الفهم .

(وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد) هذا جواب عن قولها وكما إذا هلك الولد
قبل الرد . وجهه أن كلامنا فيما إذا رد الأم بنقصان الولادة هل ينجر النقصان برد الولد ،
وإذا كان الولد مالكا كيف ينجر النقصان به ، وهي معنى قوله (لأنه لا بد من رد
أصله للبراءة ، فكذا لا بد من رد خلفه) يعني أن الواجب عليه رد الأصل بالصفة التي
أخذها وما ردها بتلك الصفة ، وإنما يكون بتلك الصفة لو ردها مع الولد الذي هو
خلف عن النقصان فلا يبرأ .

(والخصاء) على وزن فعال لأنه مصدر خصى يخصى يعني أنه ممدود (لا يعد زيادة
لأنه غرض بعض الفسقة) فلم يكن له اعتبار في الشرع لأنه أمر حرام ورد النهي عنه
(ولا اتحاد في السبب) جواب عن مسألة جز صوف الشاة وقطع قوائم الشجرة وتعليم
العبد الحرفة ، أراد أن كلامنا فيما إذا اتحد السبب ولا اتحاد في السبب (فيما وراء ذلك من
المسائل) أي فيما وراء ما ذكرنا من مسألة موت الأم وموت الولد والخصاء . وأراد
من المسائل مسألة جز صوف الشاة ، ومسألة قطع قوائم الشجرة ومسألة تعليم
الحرفة لعبد غيره .

(لأن سبب النقصان القطع والجز) أي القطع في قوائم الشجرة والجز في صوف
الشاة ، وسبب الزيادة كون المحل منبثا لا القطع ، فإذا كان السبب مختلفا لم تجعل الزيادة
خلفا (وسبب الزيادة النمو) وهو كون المحل منبثا كما ذكرنا ، فاختلف السببان
وكلامنا في المتعدد (وسبب النقصان التعليم) في العبد لأنه يوجب المشقة فيحصل به
المزال (والزيادة سببها الفهم) وهو جودة الذهن والحدائق ، ولهذا يشترك الاثنان في

قال ومن غضب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت

التعليم ويسبق أحدهما الآخر في التعليم لسرعة فهمه ، فإذا كان كذلك فقد اختلف السبب وكلامنا في المتحد .

فان قيل المذكور جواب المستشهد بها ، وأصل نكته الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابراً لنقصان وقع في ملكه فهو على حاله . أجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لا يعد نقصاناً ، وإذا لم يكن نقصاناً لم يحتاج إلى جابر ، فإطلاق الجابر عليه توسع في العبارة .

فان قيل لو كان الولد خلفاً وبدلاً عن النقصان لما بقي ملكاً للمولى عند ارتفاعه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد . أجيب بأنه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس يبدل بل بدل من حيث الذات ، فإذا ارتفع النقصان بطل الخليفة وبقي في ملك المولى .

فان قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفاً عن المضمون . فالجواب ما أشار إليه المصنف رحمه الله من عدم عده نقصاناً لا تضمينه ، وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال أيضاً ، فلهذا در المصنف عالماً ما أدق تحريره وما أركى قريحته وما أعمن نظره .

(قال ومن غضب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت) أي قال في الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة «رح» في الرجل يغصب الجارية فزنى بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان . وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه في الأمة أيضاً إذا ماتت في نفاسها بعدما يردها ، انتهى . وقال الصدر الشهيد في شرحه يريد به إذا زنى بها مكرهه أو مطاوعة . قال محمد ذكره مطلقاً ولم يقيده بحالة الطوعية ، وإنما قيد بالجل من الزنا لأنه إذا كان من الزوج أو المولى فلا ضمان ، ثم أن المصنف لم يتابعه في قوله ثم يردها فتحبل لأنه قدم الحبل حيث قال فحبلت ثم ردها لبيان أن الحبل كان موجوداً وقت الرد ، وهكذا هو في عامة النسخ . ووقع في بعض النسخ ثم ردها فتحبل بتقديم

ولا ضمان عليه في الحرة، هذا عند أبي حنيفة . وقال لا يضمن في الأمة أيضاً ، لهما أن الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب ، كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلك أو زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلك منه ، وكمن اشترى جارية قد حبكت في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن ، وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف

الرد متابعة لما قاله في الجامع الصغير . قوله علقت بكسر اللام تعلق علوقاً إذا حبكت (ولا ضمان عليه في الحرة) لأنه لا يضمن بالغصب (هذا) أي وجوب الضمان (عند أبي حنيفة «رح») .

(وقال لا يضمن في الأمة أيضاً) إلا نقصان الحبل ، وبه قالت الثلاثة (لهما أن الرد قد صح) لأنه أوصل الحق إلى المستعق وصحته توجب البراءة عن الضمان (والهلاك بعده) جواب عما يقال لا نسلم صحة الرد حيث هلك بسبب كان عنده فقال والهلاك بعده ، أي بعد الرد كان (بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا بسبب كان عند الغاصب (فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت) أي إذا حصل للجارية حمى (في يد الغاصب ثم ردها فهلك) حيث لا يضمن الغاصب قيمتها ولكن يضمن النقصان (أو زنت في يده) أي أو بما إذا زنت الجارية في يد الغاصب (ثم ردها فجلدت فهلك منه) أي من الجلد حيث لا يضمن الغاصب قيمتها ولكن يضمن النقصان .

(وكمن اشترى جارية قد حبكت عند البائع فولدت عند المشتري) والحال أن المشتري لم يعلم بالحبل (وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن) ولكن يرجع بنقصان الحبل . قيد بقوله في نفاسها لأنه إذا ماتت بالولادة تضمن بالإجماع .

(وله) أي ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه (أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف) أي أن الغاصب غصب الجارية والحال أنه ما كان انعقد فيها سبب التلف ، يعني

وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه فلم يصح الرد وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جنابة فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنابة خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة ، كذا هذا ، بخلاف الحرّة لأنها لا تضمن بالغصب ليقى ضمان الغصب بعد فساد الرد . وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم ، وما ذكرناه شرط صحة الرد ،

وقت الأخذ كانت فارغة ليس بها ما يفضي إلى التلف (وردت وفيها ذلك) أي وردت الجارية والحال أن فيها سبب التلف (فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه فلم يصح الرد) لأن الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذه .

(وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جنابة فقتلت بها) أي بالجنابة أي بسببها (في يد المالك أو دفعت بها) أي بالجنابة (بأن كانت الجنابة خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة ، كذا هذا) أي حكم المسألة المتنازع فيها (بخلاف الحرّة) إذا زنى بها رجل كرهاً فحبلت فماتت في نفاسها (لأنها) أي لأن الحرّة (لا تضمن بالغصب ليقى ضمان الغصب بعد فساد الرد) بكونها حبلى ، ولهذا لو هلكت عنده بدون الزنا لا يضمن بالإجماع .

(وفي فصل الشراء) هذا جواب عن قولهما اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق ، وهو أن فصل الشراء (الواجب) على البائع (ابتداء التسليم) أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا بعد التسليم (وما ذكرناه شرط صحة الرد) أي ما ذكرنا من وجوب وجه الذي أخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد ، فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد شرطه وهو تمثيل فاسد . وقال تاج الشريعة وتحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء ، وهذا لا يقابلها شيء من الثمن ، فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده .

والزنا سبب الجلد مؤلم لا جارج ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب . قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان . وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ، ولا فرق في المذهبين بينهما إذا عطلها أو سكنها . وقال مالك « رح ، إن سكنها يجب أجر المثل »

وأما الغصب فإن الأوصاف داخلة فيه ، ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردتها كذلك فإنه يضمن النقصان ، وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الرد بدونها رداً فاسداً . وأما إذا حلت في يد الغاصب فلأن سبب الموت ما بهما من الحى والضعف وقت الموت ، ويحتمل أن يكون سببه عمارة كانت في يد الغاصب ، أو حدثت في يد المالك بالشك .

(والزنا سبب الجلد مؤلم) جواب عن قولهما أو زنت في يده إلى آخره ، وتقديره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب ، إنما كان واجباً لجلد مؤلم (لا جارج ولا متلف) ولما جلدت في يد المالك يجلد متلف غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن ، وهو معنى قوله (فلم يوجد السبب) وهو الجلد المتلف (في يد الغاصب) .

(قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه) أي وقال القدورى وقال في إشارات الأشرار المنافع لا يضمن سواء عرفها إلى نفسه أو عطلها على المالك . وقال في الطريقة البرهانية المنافع لا تضمن بالغصب والاستهلاك في قول علمائنا رحمهم الله . وصورة المسألة رجل غصب عبداً فأمسكه شهراً حتى صار غاصباً للمنافع ، أو استعمله حتى صار مستهلكاً لها عندنا لا تضمن هذه المنافع . وقال صدر الإسلام البزدوي في شرح الكافي ليس على الغاصب في ركوب الدابة وسكنى الدار أجر وهو مذهب علمائنا (إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) أي إلا أن ينقص عين المصوب باستعماله ، فحينئذ يضمن النقصان .

(وقال الشافعي يضمنها) أي المنافع (فيجب أجر المثل) هذا تفسير الضمان عنده ،

وإن عطلها لا شيء عليه . له أن المتافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود
فكذا بالمنصوب . ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه ،
إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها اعراض لا تبقى فيملكها
دفعاً لحاجته ، والإنسان لا يضمن ملكه .

يعني أن المتافع مضمونة بأجر المثل عنده ، وبه قال أحد رحمه الله . واختلف أصحاب مالك
وذكروا أنها لا تضمن كقولنا في صورة الغصب ، وكذا في صورة الإلتاف . وعن ابن
القاسم يضمن غلة الرباع والإبل والغنم ، ولا يغرم غلة العبيد والدواب . وقال بعضهم إن
سلبها يجب أجر المثل ، وإن عطلها لا ، ولهذا لا يضمن على الإطلاق كقولنا (ولا فرق
في المذهبين) أى مذهبنا ومذهب الشافعي (بين ما إذا عطلها أو سكنها) للغاصب ،
وربما سمي الأول غصباً والثاني إلتافاً في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده .

(وقال مالك إن سكنها يجب أجر المثل وإن عطلها لا شيء عليه) لأنه انتفع في
الأول دون الثاني .

(له) أى للشافعي (أن المتافع أموال متقومة) أما كونها أموالاً فإنها تصلح صدقاً ،
وأما كونها متقومة فلأن تقوم عبارة عن العزة ، والمتافع عزيزة عند الناس . ولهذا
يبدلون الأعيان لأجلها (حتى تضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالإجماع (فكذا
بالمنصوب) أى فكذا يضمن بالمنصوب لأن العقد لا يحمل غير المتقوم متقوماً ، كما
لو ورد على المبتة .

(ولنا أنها) أى المتافع (حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في مكانه) أي تصرفه
وقدرته وكسبه (إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها اعراض لا تبقى فيملكها) لأن
ما حدث في مكان الرجل فهو ملكه (دفعاً لحاجته) لأن الملك لم يثبت للعبد إلا رفعاً
لحاجته إلى إقامة التكاليف ، فالمتافع حاصلة في ملك الرجل (والإنسان لا يضمن ملكه)
أي ملك نفسه ، والتحقيق أن من استولى على شيء يملكه إلا إذا تضمن الاستيلاء لإزالة
يد مالكة ، فحينئذ لا يملكه ، وما هنا لا يتضمن فيملكه المتولى عليه دفعاً لحاجته .

كيف وأنه لا يتحقق غضبها وإتلافها لأنه لا بقاء لها . ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان ،

(كيف) أى كيف يكون الضمان (وانه) أى الشأن (لا يتحقق غضبها وإتلافها)
أى غضب المنافع وإتلافها (لأنه لا بقاء لها) أى للمنافع ، لأنها إعراض تتلاشى وما
لا يبقى لا يتصور غضبه وإتلافه ، إذ إتلاف الشيء وغضبه إنما يرد في حال بقائه (ولأنها)
أى ولأن المنافع أراد ، ولئن سلمنا تحقق غضب المنافع وإتلافها ، ولكن شرط الضمان
المماثلة والمنافع (لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها) أى فناء المنافع (وبقاء الأعيان) فلم توجد
المماثلة فلا يضمن .

فإن قيل يرد عليه ما إذا أتلف ما يسرع إليه الفساد فإنه يضمن بالدرام التي هي
تبقى ، فدل على المماثلة والبقاء غير معتبرة . أجيب بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون
بين باق وباق ، لا بين جوهر وعرض ، ألا ترى أن بيع الثياب بالدرام جائز ، وإن كان
أحدهما يبلى دون الآخر .

فإن قيل يرد أيضاً ما إذا استأجر الوصي اليتيم ما يحتاج إليه بدرام اليتيم فإنه جائز
لا محالة . ولو كان ما ذكرتم صحيحاً لما جاز لأن القربان إلى مال اليتيم لا يحوز إلا
بالوجه الأحسن . أجيب بأنه لما جاز مع وجود التفاوت دل على أن القربان الأحسن في
مال اليتيم هو ما لا يعد عيباً في التصرفات .

فإن قلت ما ذكر يفضي إلى اهدار حق المالك وهو مظلوم ، ورعاية جانب الغاصب
وهو ظالم . قلت حق المالك يتراخى إلى دار الآخرة وحق الغاصب في الزيادة يفوت أصلاً ،
والتأخير أهون من الإبطال .

فإن قلت كلامنا في أحكام الدنيا . قلت بلى لكن المماثلة شرط على ما بينا ، وحق
المالك يفوت في الدنيا لا في الآخرة فيكون ثابتاً من وجه دون وجه ، وحق الغاصب في
الزيادة يفوت في الدارين ^(١) فيكون فائتاً من كل وجه ، فكان تحمل أوفى الضرر أولى .

(١) المالين - هامش .

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ، ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها ، بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد ، إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

(وقد عرفت هذه المآخذ) وهو جمع مأخذ أي التي هي مناط الحكم ، أو أراد ما ذكره قائل الأعيان إلى آخره (في المختلف) أراد به مختلف الفقيه أبي الليث رحمه الله هكذا . قال الأتزازي وتبعه على ذلك صاحب العناية ، ولكن لم لا يجوز أن يكون أراد به مختلف الطريقة بيننا وبين الشافعي ، فإن هذه المسألة من جملة المسائل المذكورة في علم الخلاف ، بل الظاهر أن مراده هذا وتخصيص مختلف أبي الليث تحكم فافهم .
(ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها) هذا جواب عن قوله المنافع أموال متقومة ، تقديره أنا لا نسلم أن المنافع أموال متقومة في ذاتها ، لأن التقوم لا يسبق الوجود والإحراز ، وذلك فيما لا يبقى غير متصور (بل تتقوم ضرورة) أي الضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد عليها ولم يوجد العقد) في المتنازع فيه (إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه) هذا استثناء منقطع ، أي لكن ما ينقص بسبب استعماله مضمون عليه ، وقيد باستعماله بحسب الغالب ، لأن النقص غالباً يكون بالاستعمال ، ولكن الحكم ثابت فيما إذا انتقص بدون استعماله (لاستهلاكه بعض أجزاء العين) أي لاستهلاك الغاصب بعض أجزاء العين المفصولة .

قال مشايخنا هذا إذا لم يكن معداً للاستقلال ، فإن كان معداً له بضمن المنافع بالنصب والإتلاف . وفي الفتاوى الكبرى منافع المقار الموقوفة مضمونة سواء كان معداً للإستقلال أولاً نظراً للوقف . وفي الجنبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسائل والأوفاق وأموال اليتامى ، ويوجبون أجر منافعها على الغصبة . ثم في مسألة فتح رأس التنور المسجور إنما بضمن قيمة الخطب مع أن غصب المنافع وإتلافها غير متصور لما أنه أتلّف ما هو المقصود من تسخين التنور ، فصار هذا بمنزلة استهلاك العين ، فلذلك ضمن الخطب .

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال وإذا أتلف المسلم خيراً للنمي أو خنزيره ضمن
فإن أتلفها المسلم لم يضمن . وقال الشافعي «رح» لا يضمنها للنمي
أيضاً ، وعلى هذا الخلاف

(فصل في غصب ما لا يتقوم)

ذكره عقيب غصب ما يتقوم هو المناسبة .

(قال إذا أتلف المسلم خيراً للنمي أو خنزيره ضمن) أى قال للقدورى في مختصره ،
وهذا على أربعة أوجه ، الأول : إتلاف المسلم خمر النمي أو خنزيره فإنه يضمن عنده ،
هكذا ذكره القدورى في مختصره . وفي شرح مختصر الكرخي وذكر صدر الإسلام
البيزدوى في شرح الكافي ولو أتلف مسلم على نمي خنزيراً على قول أبي حنيفة لا يضمن
شيئاً ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته ، وهذا كما ترى ذكر الخلاف وهو قياس
قول أبي حنيفة «رح» ، والذي مر في كتاب النكاح فيما إذا تزوج النمي ذمية على خمر
أو خنزير ثم أسلم أو أسلم أحدهما قبل القبض فلهما الخمر والخنزير إذا كافأ عيني ، وإن
كانا دينين فالجواب على التفصيل عند أبي حنيفة رحمه الله ، ففي الخمر تجب القيمة ، وفي
الخنزير مهر المثل على ما عرف هناك .

الثاني : إتلاف المسلم خمر المسلم ، أشار إليه بقوله (وإن أتلفها) أى وإن أتلف
المسلم الخمر والخنزير الكائنين (المسلم لم يضمن) بلا خلاف ، ووقع في بعض النسخ إن أتلفها
بتوحيد الضمير فلذلك تاج الشريعة قوله وإن أتلفها ، أى أتلفها ، نظير قوله تعالى ﴿ وإذا
رأوا تجارة أو لهواً انفضوا إليها ﴾ ١١ الجمعة ، وقال تعالى ﴿ والذين يكنزون الذهب
والفضة ولا ينفقونها ﴾ ٢٤ التوبة .

الثالث : إتلاف النمي خمر المسلم فإنه لا يضمن بلا خلاف ، وهذا لم يذكره المصنف .
(وقال الشافعي أنه) أى المسلم (لا يضمنها) أى الخمر والخنزير الكائنين (للنمي
أيضاً) أى كما لا يضمن إذا كان لمسلم ، وبه قال أحمد (وعلى هذا الخلاف) المذكور بيننا

إذا ألتفها ذمي على ذمي أو باعها الذمي من الذمي . له أنه سقط
 تقومها في حق المسلم ، فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في
 حق الأحكام ، فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان . ولنا أن
 تقوم باق في حقهم ، إذ الحذر لهم كالخل لنا ، والحذر لهم كالشاة
 لنا ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون

وبين الشافعي (إذا ألتفها ذمي على ذمي) وهذا هو الوجه الرابع ، ويقول الشافعي قال
 أحد أيضاً ، ويقولنا قال مالك (أو باعها الذمي من الذمي) أو باع الحذر والحذر الذمي
 من الذمي فانه يجوز عندنا خلافاً للشافعي وأحد (له) أى للشافعي (أنه سقطتقومها)
 أى تقوم الحذر والحذر (في حق المسلم فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في حق الأحكام)
 أى لأن أهل الذمة أتباع للمسلمين في الأحكام لقوله عنه فإذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم
 أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، فبين أن كل حكم يثبت في حق المسلم يثبت في
 حق الذمي (فلا يجب باتلافها مال) أى إذا كان كذلك فلا يجب باتلاف الحذر والحذر
 الذين ليسا بمتقومين مال (متقوم وهو الضمان) أى ما يضمن به .

(ولنا أن تقوم باق في حقهم) دل على أن ذلك ما رواه أبو يوسف في كتاب الخراج
 تصنيفه في فصل من تجب عليه الجزية ، وقال حدثنا إبراهيم بن عبد الرحمن « رح » قال
 سمعت ابن سويد بن عقلة يقول حضر عمر بن الخطاب رضي الله عنه واجتمع إليه عماله فقال
 يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والحذر ، فقال بلال أجل أنهم يفعلون
 ذلك ، فقال عمر رضي الله عنه فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم .
 وجه الاستدلال بذلك أن عمر رضي الله عنه أذن لهم في بيعها وثن العقد عليها بيعاً وبدلها
 ثمناً ، والثمن لا يجب إلا في عقد صحيح ، فدل على تقوم . وهذا لأن قضايا عمر رضي الله
 عنه ما كانت تخفى على الصحابة رضي الله عنهم ، ولم يثبت التكبر منهم على ذلك ،
 فحل الإجماع .

(إذ الحذر لهم كالخل لنا ، والحذر لهم كالشاة لنا ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما
 يدينون) يعني لا نجادلهم على الترك .

والسيف موضوع فيتعذر الإلزام ، وإذا بقي التقوم فقد وجد
اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه. بخلاف الميتة والدم ، لأن أحداً من

فإن قلت ما الأمر بتركهم وما يدينون. قلت قوله يعني أتركهم وما يدينون. والخمر
كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا ، والمزيل هو قوله تعالى ﴿ رجس من
عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ ٩٠ المائدة ، وجد في حقنا بدليل السياق والسباق ، فبقي في
حق من لم يدخل تحت الخطاب على ما كان من قبل .

فإن قلت روي في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال إن الله لعن
الخمر وحرم ثمنها ، ولعن الخنزير وحرم ثمنه. قلت نحن نقول بموجب ذلك وهما حرام علينا ،
ولكنهم أقرروا على ذلك فكانا حلالاً لهم .

فإن قلت الخمر نجس العين فلا يكون مالاً لقوله يعني حرمت الخمر لعينها ، ولا يضمن
بالإتلاف . قلت حرام لعينها علينا لا عليهم ، لأن الخطاب في الآية خاص .

فإن قلت قال الله تعالى ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ ٤٩ المائدة ، أي بين أهل
الذمة ، وبما أنزل الله حرمة الخمر والخنزير فيجب الحكم عليهم بحرمتها . قلت المراد منه
ما أنزل الله مطلقاً لا ما أنزل على المؤمنين خاصة ككساح المشتركات .

فإن قيل ينتقض هذا بما إذا مات الجوسى عن ابنتين إحداهما امرأته فإنها لا تستحق
بالزوجة شيئاً من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح ، وصحة النكاح توجب توريث
المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ، ولم يوجد في ديانتهم لم لم نتركهم وما
يدينون ؟ أجيب بأن لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بد له من بيان .

(والسيف موضوع) يعني إبطال ما يزعمونه من المالية إنما يكون بالسيف ، والسيف
موضوع أي متروك في حقهم لمقد الذمة (فيتعذر الإلزام) على ترك الدين ، فهذا يقتضي
بقاء التقوم (وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه) لا لأن الضمان
موجب إتلاف المال المتقوم .

(بخلاف الميتة والدم) هذا جواب المقيس عليه للشافعي رحمه الله ولم يذكره في الكتاب
(لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين توليها) أي تقول الميتة والدم ، قيل المراد من الميتة

أهل الأديان لا يدين تمولها ، إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن كان
من ذوات الأمثال ، لأن المسلم ممنوع عن تملكها لكونه إعزازاً
لها ، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين ، لأن الذمي غير ممنوع
عن تملك الخمر وتملكها

الذي مات حتف أنفه ، أما الذي خنقوه أو ضربوه حتى مات كما يفعله الجوس فعند أبي
يوسف رحمه الله يضمنها المسلم بالنصب والإتلاف . وقال محمد رحمه الله لا يضمن كالميتة
(إلا أنه يجب قيمة الخمر ، وإن كان من ذوات الأمثال) أي لا أن الشأن وجوب قيمة
الخمر لا مثلها ، وإنما ذكر الضمير في قوله وإن كان بتأويل الشأن أو المذكور (لأن المسلم
ممنوع عن تملكها) أي تملك الخمر (لكونه إعزازاً له) أي لكون التملك إعزازاً للخمر .
وفي بعض النسخ إعزازاً لها بتأنيث الضمير على الأصل ، وأما التذكير فعلى التأويل
الذي ذكرناه .

فان قلت ما الفرق بين ما إذا أتلّف ذمي خمر ذمي ثم أسلم حيث لا يجب عليه شيء
لا القيمة ولا القيمة ، ولا الخمر عند أبي يوسف رحمه الله ، وهي رواية عن أبي حنيفة
رضي الله تعالى عنه ، والرواية في المبسوط والإسلام المقارن لا يمنع وجوب القيمة فالطاريء
أولى . قلت الفرق أنه حين أتلّف لم يكن إتلافه سبباً لوجوب القيمة ، لأنه لا يوجد بعد
ذلك سبب الوجوب . وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » عليه قيمة
الخمر لأنه لا يمكن إيجاب الخمر ، لأنه مسلم ولا يمكن إبراؤه عن الضمان ، لأن المتلف عليه
ذمي والخمر في حقه مال متقوم ، وقد أمكن إيجاب القيمة فيجب . أما في الخنزير يبقى
الضمان بإسلامه أو إسلام أحدهما بالاتفاق ، لأن الواجب هو القيمة والإسلام لا ينافيها .
(بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين) هذا متصل بقوله لأن المسلم ممنوع عن
تملكها ، يعني أن المسلم لما كان ممنوعاً عن تملك الخمر وجب عليه قيمة الخمر إذا أتلّفها ،
بخلاف ما إذا باعها ذمي من ذمي (لأن الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها) ولذلك
إذا أتلّف ذمي خمر ذمي يجب عليه مثلها . وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي

بخلاف الربا ، لأنه مستثنى عن عقودهم . وبخلاف العبد المرتد
يكون للذمي لأننا ما ضمننا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف
بالدين . وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيعه ،

فيمن أتلف صليباً لأننا أقررناهم على هذا الصنع ، فصار كالحجر التي هم مقرون عليها ، وقد
قال أصحابنا إن الذمي يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم إلا شرب الخمر وأكل الخنزير ،
لأننا استثنيناه بالأمان . ولو عتوا وضربوا بالعبد إن منعناهم من ذلك كله كما يمنع المسلمين ،
لأنه لم يستثن ، كذا ذكره القدوري في شرحه .

(وهذا بخلاف الربا) أي عدم التعرض في مبايعتهم بخلاف الربا ، فإنه يتعرض لهم
في إبطال عقد الربا ، حتى لو باعاً درهماً بدرهمين يسرد الدرهم لزائد . وقال الأتزازي
أي هذا الذي ذكرناه من كون الذمي غير ممنوع عن قمليك الخمر ، بخلاف الربا ، فإنه
ممنوع عنه . وقيل الأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون إلى آخره
(لأنه مستثنى عن عقودهم) أي لأن الربا مستثنى عن عقود أهل الذمة ، لأنه لم يرد عليه
عقد الأمان . ألا ترى إلى قوله تعالى في سورة النساء ﴿ وأخذم الربا ﴾ .

(وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي) عطف على قوله وهذا بخلاف الربا ، يعني
الذمي إذا اشترى عبداً مسلماً ثم ارتد العبد فإنه يحبس حتى يتوب أو يقتل ولا تحجب قيمته
للذمي . الحاصل أنا لا نقره على تموله وتملكه ، بل نأخذه من يده فتقبله وإن كان أمة
نحبسها أبدأ ونستتيبها درهماً قبل وهو أيضاً مقيس عليه للشافعي « رح » .

ووجه الجواب فأشار إليه بقوله (لأننا ما ضمننا لهم ترك التعرض له) أي للعبد المرتد
(لما فيه) أي في ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك والاعراض عنه .

فإن قلت يشكل على هذا التعليل ما لو أتلف صليب نصراني حيث يضمن قيمته
صليباً ، وفي ترك التعرض استخفاف بالدين . قلت ذاك كفواصلي والنصراني مقر على
ذلك ، بخلاف الارتداد .

(وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيعه) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم

لأن ولاية الحاجة ثابتة . قال فإن غضب من مسلم خمراً فخللها أو
جلد ميتة فديبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد
الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه ،

وما يدينون يعني كما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وحبب علينا أن
نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى ، وحينئذ يجب
أن نقول بوجوب الضمان على ما أئلف متروك التسمية عامداً ، لأنه مال متقوم في اعتقاد
الشافعي ومن تابعه ووجه الجواب ما قاله بقوله (لأن ولاية الحاجة ثابتة) أي ولاية
الإلزام المحاجة ثابتة وقد ثبت بالنص حرمة ، فلا يعتبر في إيجاب الضمان .

ولقاتل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة ، لأن الدليل الدال على ترك المحاجة
مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم . والجواب أن
الدليل هو قوله ~~على~~ أو كروم وما يدينون ، وكان ذلك بعقد الذمة وهو متفق عليه
في حق المجتهدين .

(قال فإن غضب من مسلم خمراً فخللها) أي قال في الجامع الصغير . ووقع في عامة
النسخ وإن غضب بالواو وهذا أوجه ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه
الله في رجل مسلم يغصب المسلم الخمر أو جلد الميتة فيتخلل ويدبغ جلد الميتة ، قال
لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ، وأما جلد الميتة فله أن يأخذه ويرد على الغاصب
ما زاد على الدباغ في الجلد ، فإن كان الغاصب استهلكها جميعاً ضمن الخل ولم يضمن الجلد
المدبوغ . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » يضمن قيمة الجلد مدبوغاً أو يعطيه صاحب الجلد
ما زاد الدباغ فيه بحساب ذلك ، انتهى .

(أو جلد ميتة فديبغه) أي أو غضب جلد ميتة فديبغه (فلصاحب الخمر أن يأخذ
الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه) قال القدوري في شرحه
لختصر الكرخي وهذا إذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فديبغ جلدها ، فأما إذا لقي
صاحب الميتة الميتة في الطريق فأخذ رجل جلدها فديبغه فقد قالوا أنه لا سبيل له على

والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس . وبالفصل الثاني إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك . والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس

الجلد ، لأن إلقاءها إباحة لأخذها فلا يثبت له الرجوع كإلقاء النوى . وعن أبي يوسف أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضاً .

(والمراد بالفصل الأول) يعني المراد بجوارها الفصل الأول . وفي الجامع الصغير وهو قوله فلصاحب الحجر أن يأخذ الحبل بغير ثمن (إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه) أي ومن الظل (إلى الشمس) وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله لا يصير الحجر ظاهراً بالتخليل فلا يجب ردها بل يجب إراقتها كما قبل التخليل . أما لو تخللت بنفسها يجب ردها بالإجماع ويضمن متلفها بالإجماع . وفي جلد الميتة لو دبغه يلزم رده عند الشافعي « رح » في الأصح وأحمد « رح » وفي قول لا يلزمه رده ، وبه قال أحمد في وجهه .

(والمراد بالفصل الثاني) وهو قوله ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه (إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص) بفتح القاف والراء بعدها طاء معجمة وهو ورق السلم يدبغ ، ومنه أديم مقروظ ، وبالفارسية بزغيج . وفي دستور اللغة القرظ إسم لشجر كالجوز عظيماً إذا قدم أسود ويدبغ بثمره وورقه . وقال أبو حنيفة « رح » في كتاب السيئات القرظ واحدة القرظة وبها سمي الرجل قرظة وفيه نظر ، والقرظ شجر عظام لها شوك غلاظ أمثال شجر الجوز وخشبه صلب يقل الحديد ، وإذا هو قدم كان أسود كالابنوس وهو قبل ذلك أبيض وورقه أصفر من ورق التفاح وله حيلة مثل قرون اللوباء ، وله حب يوضع في الموزاير ويدبغ بورقه وثمره كما يدبغ بالعفص ، ومنابته القيعان وما كان من القرظ بأرض مصر فهو الذي يسمى الضبط ومنه أجود حطبهم وهو زكي الوقود قليل الرماد وهو باسوان من أرض مصر عياض (ونحو ذلك) كالشث والعفص .

(والفرق) بين المسألتين (أن هذا التخليل تطهير له) أي للخمر (بمنزلة غسل الثوب النجس) يعني انه أزال عنه صفة النجاسة والحمرية من غير أن يقام به شيء من ملكه ،

فيبقى على ملكه ، إذ لا يثبت المالية به ، وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب ، فكان بمنزلة

فكان كما إذا غصب ثوباً نجساً ففسده يكون للمالكه ، كذا هذا . وذلك لان الفسل لم يزد في ذات الثوب شيئاً ، وإنما زال به النجاسة فلا يخرج بذلك عن ملك مالكة .
فإن قلت الثوب ليس نجس العين ، والنجر نجس العين لكونها حراماً بعينها ، قال
عليه السلام حرمت النجر لعينها . قلت جواهر النجر هي جواهر التي كانت عصيراً ، فلما
اعترضت عليها صفة النجاسة صيرتها نجسة ، فإذا زالت تلك الصبغة زالت النجاسة كالثوب ،
ولا يلزم بتبدله تبدل العين ، فاعتراض الصفة عليها كما يعترض الصفات على الإنسان من
غير تبدل الذات ، وتأويل قوله عليه السلام حرمت النجر لعينها ، أي عينها حرام قليلها
وكثيرها حرام ، ولهذا قال بعد ذلك والسكر من كل شراب .

(فيبقى على ملكه) أي إذا كان كذلك فيبقى الخل على ملك صاحبه (إذ لا يثبت
المالية به) أي بالتخليل ، قال فخر الإسلام البزدوي وغيره في شرح الجامع الصغير ، قال
مشايخنا أما التخليل فعلى ثلاثة أوجه ، إما أن يخللها بالنقل من الظل إلى الشمس ومن
الشمس إلى الظل ، أو بإلقاء الملح فيها ، أو بصب الخل فيها ، ففي الوجه الاول الخل
لصاحبها ولا شيء عليه ، لان النجر نجس العين كالبول ، إلا أن نجاستها قابلة للزوال بخلاف
البول ، فصار التخليل بمنزلة الفسل فلا يضاف الى التقوم والمالية ، بل كان ذلك بمنزلة
اظهار للتقوم والمالية ، فلأجل ذلك صار صاحب النجر أحق بالخل ، والقسمان الآخران
يأتیان في موضعهما ان شاء الله تعالى .

(وبهذا الدباغ) المذكور وهو الدباغ بما له قيمة كالقرض (اتصل بالجلد مال متقوم
لغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلة) الثوب الذي غصبه الغاصب حيث يأخذ الجلد
ويعطي ما زاد الدباغ فيه كما في الثوب حيث يأخذه مالكة ويعطي ما زاد الصبغ فيه ،
فان أراد المالك أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه قيمة الجلد فليس له ذلك لأنه غصبه
ولا قيمة له ، بخلاف مسألة الثوب فإن هناك لصاحب الثوب أن يضمنه ويترك الثوب
عليه ، لأن الثوب قبل الصبغ كان مالاً متقوماً ، ولا كذلك الجلد ، حتى لو غصبه جلدأ

فلهذا يأخذ الخل بغير شيء، ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه ،
وبيانه أن ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ ، وإلى قيمته مدبوغاً
فيضمن فصل ما بينها ، وللقاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه كحق
الحبس في المبيع . قال وإن استهلكها ضمن الخل ولم يضمن الجلد
عند أبي حنيفة « رح » . وقال يضمن الجلد مدبوغاً ويعطي ما
زاد الدباغ فيه . ولو هلك

ذكياً غير مدبوغ كان لصاحب الجلد أن يضمنه . قال فخر الدين قاضي خان من المشايخ
من قال هذا قول أبي حنيفة ، لأنه لما تركه فقد عجز عن رده ، فصار كعجزه بالإستهلاك .
فأما على قولها له أن يترك الجلد على القاصب ويضمنه القيمة أيضاً .

(فلهذا) أي فلأجل أن التخليل لا يثبت المالية وبالدباغ يتصل به مال متقوم (يأخذ
الخل) أي صاحبه (بغير شيء ، ويأخذ الجلد) أي صاحبه (ويعطي) على بناء الفاعل ،
أي يعطي صاحب الجلد (ما زاد الدباغ فيه) أي في الجلد (وبيانه) أي بيان إعطاء ما
زاد الدباغ فيه (أن) أي الشأن (ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ) أي حال كونه
ذكياً غير مدبوغ لأنه لا يكون قيمة الجلد الميتة فيقوم ذكياً كذلك (وإلى قيمته مدبوغاً)
أي وينظر إلى قيمته حال كونه مدبوغاً (فيضمن فضل ما بينها) أي فضل ما بين القيمتين
مثلاً إذا كانت قيمته ذكياً غير مدبوغ عشرة دراهم ومدبوغاً اثني عشر درهماً . يضمن
درهمين ، وعلى هذا وقيل يضمنه قيمته جلدأ ذكياً غير مدبوغ قال فخر الإسلام وذلك
مذكور في بعض نسخ المبسوط أنه ملحق بالذكي .

(وللقاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع) يعني كما أن البائع له
حق حبس المبيع لأجل استيفاء الثمن .

(قال وإن استهلكها) أي قال في الجامع الصغير وإن استهلك القاصب الخل
والجلد (ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة . وقال يضمن الجلد مدبوغاً ويعطي)
على صيغة المجهول ، أي يعطى الذي دبغه ثم استهلكه (وما زاد الدباغ فيه ، ولو هلك

في يده لا يضمنه بالإجماع . أما الخلل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف ويجب مثله ، لأن الخلل من ذوات الأمثال . وأما الجلد فلها أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه ،

في يده لا يضمنه بالإجماع) أي في يد الغاصب لأنه لم يهلك بفعله ولم يكن منه جناية ، كذا قال الفقيه أبو الليث ، وإنما لم يذكر له دليلاً لأنه يجمع عليه ودليله الإجماع . وعند الثلاثة لو تخللت الخمر بنفسه وهلك في يد الغاصب يضمن ، أما إذا تخلل بفعل الغاصب لا يضمن ، وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن ، وعلى قول يلزمه رده يضمن . (أما الخلل) دليل صورة الاستهلاك والمراد منه الوجه الأول من وجوه التخلل وهو ما إذا خللها من غير خلط (فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف ، ويجب مثله لأن الخلل من ذوات الأمثال) لم يذكر محمد «رح» في الجامع الصغير ما إذا يضمن . قالوا في شروحه فالظاهر أنه يضمن المثل لأنه مثلي إلا أن يكون من نوع لا يوجد له مثل في تلك المواضع ، فيجب قيمته . ونص الكرخي في مختصره على وجوب المثل .

(وأما الجلد فلها) أي فلأبي يوسف ومحمد «رح» (أنه) أي الجلد (باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه ، وهو مال متقوم) أما بقاؤه على ملكه فلأن الغاصب لم يحدث فيه إلا مجرد الصبغة وبذلك لا يزول ملك المصنوع ، كما لو كان ثوباً فقصره . وأما كونه متقوماً فظاهر (فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك) أي إن كان كذلك فيضمن حال كونه مدبوغاً بالاستهلاك (ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه) أي يعطي المالك الغاصب ما زاد الدباغ فيه . قال فخر الإسلام وغيره في شرحه الجامع الصغير هذا إنما يستقيم إذا كان الجنس مختلفاً ، فأما إذا كان الجنس واحداً فلا فائدة أي يضمن الغاصب وخمسة عشر درهماً ويعطيه خمساً ، وإنما معنى ذلك بيان قيمة مال المصنوع منه ، لأنه

كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلك يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولأنه واجب الرد فإذا فوته عليه يخلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه . وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس ، أما عند اتحادهما يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه

لم يكن ذكياً متقوماً قبل الدباغ ليعتبر ذلك ، فإذا عرفت قيمته مدبوغاً نظر إلى قيمته لو كان ذكياً غير مدبوغ ، فيطرح ذلك من الغاصب ويعطى الباقي ، ويجيء هذا عن قريب في الكتاب .

(كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلك يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه)
أراد في مسألة غصب الجلد واستهلاكه بعد الدباغة كمسألة غصب الثوب واستهلاكه بعد الصبغ ، حيث يضمن في كل منها ويعطى ما زاد الدباغ والصبغ .

(ولأنه) دليل آخر لهما ، أي ولأن الجلد (واجب الرد) لو كان قائماً (فإذا فوته عليه) أي فإذا فوت الرد على المالك (يخلفه قيمته) أي خلف الجلد قيمته ، يعني قامت مقامه ، وهو من قولهم خلف فلان فلاناً يخلفه بالضم إذا كان خليفته (كما في المستعار) يعني أن المستعار واجب الرد ، فإذا فوت المستعير الرد باستهلاكه تجب عليه القيمة ، فإذا فات فلا ، فكذا هنا الجلد واجب الرد . فإذا فوته وجب عليه قيمته . وإذا هلك فلا (وبهذا فارق الهلاك بنفسه) أي ربما ذكرنا فارق الهلاك بنفسه ، أي ربما ذكرنا فارق الاستهلاك الهلاك بنفسه حيث لا يضمن في الهلاك ، لأنه لم يفوت شيئاً . وكذا الوديعة بشيء لا قيمة له يضمنه بالإهلاك دون الهلاك .

(وقولهما يعطي) أي قول أبي يوسف وعمر بن محمد رحمهما ، يعطى (ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس) بأن قوم القاضي الجلد بالدرهم والضيعة بالدنانير صار الجنس متخلفاً فيضمن المالك الغاصب القيمة ، ويأخذ ما زاد الدباغ . أما إذا قومها بالدرهم أو بالدنانير وهو معنى قوله (أما عند اتحادهما) أي اتحاد الجنس (يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم الرد عليه) قال فخر

الباقى لعدم الفائدة في الآخذ منه ، ثم الرد عليه . وله أن تقوم حصل بصنيع الغاصب وصنعة متقومة لاستعماله مالا متقوماً فيه ، ولهذا كان له أن يجبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه ، فكان حقاً له ، والجلد تبع له في حق التقوم . ثم الأصل هو الصنعة غير مضمون عليه ، فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه . بخلاف وجود الرد حال قيامه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً ،

الاسلام فلا فائدة ، أى يضمن الغاصب خمسة عشر درهماً ويعطيه خمسة كما ذكرناه عن قريب .

(وله) أى ولأبي حنيفة (أن التقوم حصل بصنيع الغاصب) أراد ان لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه ، وإنما حصل بصناعة الغاصب (وصنعة متقومة لاستعماله مالا متقوماً فيه ، ولهذا كان له أن يجبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان) أى التقوم (حقاً له) أى للغاصب (والجلد تبع له) أى بصناعة الغاصب ، وفي بعض النسخ والجلد تبعاً لها ، أى وكان الجلد تبعاً لها (في حق التقوم) لانه ما كان متقوماً قبل الصنعة فيكون صنعة الغاصب أصلاً ، لان الأصل ما يبتني عليه .

(ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه) فان عدم الضمان هناك باعتبارات الأصل وهو الصنعة غير مضمون ، فكذلك الجلد وإلا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك .

(بخلاف وجوب الرد) جواب عن قولها ، ولأنه واجب الرد ، وتقريره أن وجوب الرد (حال قيامه لأنه) أى الرد (يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً) والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم ، والأصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها ، والرد يعتمد الملك ، والجلد فيه الأصل لأنه تابع فوجب رده يتبعه الصنعة .

بخلاف الذكي والثوب ، لأن التقوم فيها كان ثابتاً قبل الدبغ والصبغ ، فلم يكن تابعاً للصنعة . ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته . قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له . بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رح . . وعندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه وضمنه قيمته عجز الغاصب عن رده ، فصار كالاستهلاك ، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه .

(بخلاف الذكي والثوب) جواب عن قولها كما إذا غصب ثوباً ، وأقحم الذكي استظهاراً (لأن التقوم فيها) أي في الذكي والثوب (كان ثابتاً قبل الدبغ والصبغ ، فلم يكن تابعاً للصنعة) والتقوم يوجب الضمان (ولو كان قائماً) أي الجلد المدبوغ (فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه) أي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقوم (ويضمنه قيمته ، قيل ليس له ذلك) بلا خلاف (لأن الجلد لا قيمة له ، بخلاف صبغ الثوب ، لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما له ذلك) أي التارك على الغاصب وتضمن قيمته (لأنه) دليل أن في المسألة خلاف إلا دليل المتحلفين . وقال الاترازي دليل لقول أبي حنيفة رحمه الله وقولها جميعاً ، أي لأن المالك (إذا تركه عليه) أي إذا ترك الجلد على الغاصب (وضمنه قيمته عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك) يعني لما أبى المالك أن يأخذه مدبوغاً وقد عجز عن رده فالتحقت هذا الدباغ بالادمة استهلاك ، والحكم فيه ما ذكرناه (وهو) أي الاستهلاك (على هذا الخلاف) الذي تقدم ذكره أن عنده لا يضمن وعندهما يضمن (على ما بيناه) أشار به إلى ما ذكر من الدليل لأبي حنيفة « رح » ولصاحبيه في استهلاك الجلد قبيل هذا . قيل فيه نظر ، لأن المعجز في الاستهلاك من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من

ثم قيل يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك . وقيل يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ . ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو للمالك بلا شيء ، لأنه بمنزلة غسل الثوب . ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغاً ، وقيل طاهراً غير مدبوغ ، لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمه .

جهه المالك ولا يلزم من جواز التضمن في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك .

(ثم قيل) هذا اشارة الى بيان الاختلاف في كيفية الضمان على قولها ، فقيل (يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك) أي في صورة الاستهلاك (وقيل يضمه قيمة جلد) أي يضمه قيمة جلد (ذكي غير مدبوغ) أي طاهر غير مدبوغ لأن صنعة الدباغ حصلت بفعله فلا يوجب الضمان عليه ، ولكن من ضرورته زوال صفة النجاسة ، وذلك غير حاصل بفعله ، بل يتميز الجلد من الدسومات النجسة .

(ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو للمالك بلا شيء ، لأنه بمنزلة غسل الثوب) لأنه ليس فيه مال متقوم للغاصب ، فكانت الدباغة إظهاراً للمالية والتقوم ، فصار كفصل الثوب الدنس .

(ولو استهلكه الغاصب) أي ولو استهلك الغاصب الجلد الذي دبغه بشيء لا قيمة له (يضمن قيمته مدبوغاً) أي بالاجماع ، نص عليه في الذخيرة لأنه صار مالاً على ملك صاحبه ، ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعاً حقاً للمالك فيضمن بالاستهلاك (وقيل طاهراً غير مدبوغ) أي قيل يضمن قيمته حال كونه طاهراً غير مدبوغ (لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمه) لكن من ضرورته زوال صفة النجاسة ، وذلك غير حاصل بفعله ، بل يتميز الجلد من الدسومات النجسة ، قالوا عند أي حنيفة صار ملكاً للغاصب ولا شيء عليه ، لأنه استهلاك فيوجب الملك لكن بغير شيء لكون المستهلك غير متقوم .

وجه الأول وعليه الأكثر أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه ، وإذا صار الأصل مضموناً عليه فكذا صفته . ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة « روح » صار ملكاً للغاصب ولا شيء له عليه ، وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ، ومعناه هنا أن يعطي مثل وزن الملح من الخل وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ الجلد

(وجه الأول) وهو قول من يقول يضمه قيمته مدبوغاً (وعليه الأكثر) أي على الوجه الأول (أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه) أي عن الجلد (وإذا صار الأصل مضموناً عليه فكذا صفته) تكون مضمونة تابعة للأصل . وقال القدوري ولو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديماً أو زقاً أو دفتراً أو جواباً أو فرواً لم يكن للمفصوب منه على ذلك سبيل ، لأنه تبدل الاسم والمعنى بصنع الغاصب ، فكان هو أولى . فإن كان الجلد ذكياً فعليه قيمته يوم الفصب ، وإن كان ميتة فلا شيء له كذا في الإيضاح والذخيرة .

(ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة رحمه الله صار ملكاً للغاصب ولا شيء عليه) لأنه استهلاك إلا أن الخمر لم تكن متقومة والملح كان متقوماً فيرجع جانب الفصب فيكون له بغير شيء ، وقوله قالوا ، أي أكثر المشايخ ، وهذا يشير إلى أن ثمة قولاً آخر وهو ما قيل أن هذا والأول سواء لأن الملح صار مستهلكاً فيه فلا يعتبر ، وهذا هو الوجه الثاني من الأوجه الثلاثة التي ذكرناها .

(وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد) وصيغ الثوب (ومعناه هنا) أي معنى قوله وأعطى ما زاد الملح في مسألة تحليل الخمر بإلقاء الملح (أن يعطي) أي صاحب الخل (مثل وزن الملح من الخل وإن أراد المالك تركه عليه) أي على الغاصب (وتضمينه فهو على ما قيل . وقيل في دبغ الجلد) أشار بتكرير قيل إلى القولين المذكورين في دبغ الجلد ، يعني قيل ليس

ولو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة خلافاً لهما كما في دبيع الجلد .
ولو خللها بإلقاء الخل فيها فعن محمد « رح » أنه إن صار خلاً من
ساعته يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه ، لأنه استهلاك له وهو
غير متقوم ، وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه
خلا قليلاً فهو بينهما على قدر كيلهما لأنه خلط الخل بالخل في التقدير ،

له ذلك بالاتفاق ، وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله .
الحاصل أنه يعتبر هذه المسألة بمسألة الدبيع إذا أراد المالك تركه على الغاصب
وتضمنه وفيه قولان ، في أحدهما قال يضمنه قيمة جلد مدبوغ . وفي الثاني قال يضمنه
قيمة جلد مذكى غير مدبوغ ، وهما كذلك إذا تركه عليه في قول يضمنه قيمة الخل
ويعطيه ما زاد الملح فيه ، وفي آخر يضمنه قيمة مثله عصيراً ، وهذه التفريعات كلها
على قولها في صورتين لا قول أبي حنيفة رحمه الله ، ويحتمل أن يكون القولان ما قيل
قبل هذين القولين .

(ولو استهلكها لا يضمنها) وفي النسخ الكثيرة ولو استهلكه لا يضمنه ، أي ولو
استهلك الخل الذي جعل خلا بإلقاء الملح فيه (عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما كما في
دبيع الجلد) وقد مر بيانه . ومن المشايخ من جعل الجواب في الملح على التفصيل ، فإن
كان يسيراً لا قيمة له فحكمه حكم التخليل بغير شيء كالشمس ، وإن ألقى فيها ملحاً
كثيراً بأخذها المالك عندهم جميعاً ويعطى الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دبيع الجلد
وصبغ الثوب ، كذا ذكر قاضي خان في شرحه .

(ولو خللها بإلقاء الخل فيها) أي ولو خلل الخمر التي غصبها بإلقاء خل فيها ، وهذا
هو القسم الثالث من الأوجه الثلاثة التي ذكرناها (فمن محمد « رح » أنه إن صار خلا من
ساعته يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه لأنه استهلاك له) فيصير ملكاً للمستهلك
(وهو غير متقوم) أي والحال أنه غير متقوم (وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان
الخل الملقى فيه خلا قليلاً فهو بينهما) أي بين الغاصب والمالك (على قدر كيلهما لأنه

وهو على أصله ليس باستهلاك . وعند أبي حنيفة « روح » هو للغاصب
في الوجهين ولا شيء عليه لأن نفس الخلط استهلاك عنده ولا
ضمان في الإستهلاك ، لأنه أتلّف ملك نفسه . وعند محمد لا يضمن

خلط الخل بالخل في التقدير) يعني إنه وإن كان خلط الخل بالخمير وهما جنسان مختلفان ،
وخلط الجنسين المختلفين استهلاك لكنّه في التقدير كأنه خلط الخل بالخل نظراً إلى المال ،
وهذا لأن في الخمير صلاحية أن يصير خلا وهي في حق المسلمين لا يصلح إلا لهذا ، فإن
تخلّلت بنفسها وطبعها لا ينقطع حق المالك عنها ، لأنه لم يعارضها شيء ، وإن تخلّلت
بالقاء شيء فيها وإن تخلّلت من ساعته يصير ملكاً للخالط لأنه صار تبعاً للملك ،
فأضيف تخلّلتها إلى ذلك . وإن تخلّلت بعد زمان يضاف تخلّلتها إلى طبعها عملاً بالدليلين
فصار كأنه خلط الخل بالخل في التقدير .

(وهو على أصله ليس باستهلاك) أي خلط الخل بالخل على أصل محمد « روح » ليس
باستهلاك إذ خلط الجنس ليس باستهلاك وهو قول أبي يوسف أيضاً ، فيكون الخل
مشتراكاً بينهما لأنه صار خالطاً خل نفسه بخل غيره ، فإذا أتلّفه فقد أتلّف خل نفسه
وخل غيره ، كذا في جامع أبي اليسر .

(وعند أبي حنيفة « روح » هو للغاصب في الوجهين) يعني فيما إذا صارت خلا من
ساعتها ، وفيما إذا صارت بعد زمان (ولا شيء عليه ، لأن نفس الخلط استهلاك عنده
ولا ضمان في الاستهلاك ، لأنه أتلّف ملك نفسه) أراد به الاستهلاك الحكمي بالخلط ،
وهذا تقريب لقوله لأن نقص الخلط استهلاك عنده ، يعني أن نفس الخلط استهلاك
عنده ولا ضمان في هذا الاستهلاك ، ولما لم تكن هذه المقدمة محلّة ، استدلّ بقوله لأنه
أتلّف ملك نفسه لأنه خلط الخل بالخمير وقد ذكرنا أن الاستهلاك هنا عبارة عن فعل
لا يصل الإنسان بسببه إلى عين حقه وإتلاف ملك نفسه لا يوجب الضمان ، وإنه وإن
أتلّف الخمير أيضاً لكنها غير مقومة ، وإتلاف غير المتقوم لا يوجب الضمان أيضاً .

(وعند محمد « روح » لا يضمن بالإستهلاك في الوجه الأول) أراد به فيما إذا صارت خلا

بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه
أُتلف ملك غيره ، وبعض المشايخ « رح » أجروا جواب الكتاب
على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء ،
لان الملقى يصير مستهلكاً في الخمر ، فلم يبق متقوماً وقد كثرت
فيه أقوال المشايخ ،

من ساعته . وقال تاج الشريعة أراد به الإستهلاك الحقيقي بعد أن صار خلا ، لأنه
بالخلط صار مستهلكاً ولا ضمان عليه بهذا الإستهلاك ، لأنه لاقي علا غير متقوم ،
والإستهلاك الحقيقي بعده ورد على ملكه (لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه استهلاك له
وهو غير متقوم (ويضمن في الوجه الثاني) وهو ما إذا صارت خلا بعد زمان (لأنه
أُتلف ملك غيره) فيضمن .

(وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه) أي جواب الجامع الصغير (ان
للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء) أي في الوجوه الثلاثة وهي التخليل
بغير شيء ، والتخليل بإلقاء الملح والتخليل بصب الخل . وقالوا في شروح الجامع الصغير
أن قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء محمول على الوجه الاول وهو التخليل
بغير شيء . ومنهم من جعل الخل البسير إذا صب فيها كالشمس ، فأما إذا خلطها بخل
كثير له قيمة وينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رحمه الله ، كما لو خلط خله بخل
المقصوب منه ولا يضمن شيئاً ، لأنه استهلك خمر المسلم وخمر المسلم لا يضمن بالاتلاف ،
وعندما يشتركان .

وقال كثير من المتأخرين هذا إذا حمضت بعد حين ، أما إذا حمضت من ساعتها فهي
للغاصب لأنه غلب عليه خله واستهلك خمر المسلم وخمر المسلم لا يضمن . وذكر في المنتقى
رجل صب في خمر انسان خلا فصار كلها خلا وهما نصفان قال صاحب الخمر يأخذ
نصفها خلا ، كذا قال فخر الدين قاضي خات .

(لأن الملقى فيه يصير مستهلكاً في الخمر فلم يبق متقوماً) فلا يضمن ، لأنه
استهلاك غير متقوم (وقد كثرت فيه) أي في حكم هذه المسألة (أقوال المشايخ وقد

وقد أثبتناها في كفاية المنتهى . قال ومن كسر لمسلم برطلاً أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً ، أو أراق له سكرأ أو منصفأ

أثبتناها في كفاية المنتهى) منها ما قال بعضهم يصير المخلوط مشتركاً بينهما بالإجماع ، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله أما ينقطع حق المالك بالإستهلاك إذا ضمنه بالمخلوط كالملكيل وللموزون إذا غصبه وخلطه بمثله من ملك نفسه ، فأما إذا لم يكن مضموناً عليه لا ينقطع ، ووجود الإستهلاك كعدمه فبقي مشتركاً كالملكيل إذا اختلط بنفسه بملكيل آخر لغيره ، كذا ذكره المحبوبي .

(قال ومن كسر لمسلم برطلاً أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً) أي قال في الجامع الصغير ، وصورتها فيه في باب الضمان محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في الرجل يكسر للرجل المسلم برطلاً أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً قال هو ضامن وقال بيع ذلك كله جائز . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ليس في شيء من ذلك ضمان ولا يجوز بيعه انتهى . والبربط بفتح الباء الموحدة ، قال الليث وهو معرب لأنه ليس من كلام العرب وهو أعجمي فأعربته العرب حين سمعت به . وقال غيره أصله بربط بكسر الراء وسكون الطاء شبه بصدر البطاء وبر بالفارسية الصدر . قلت البربط هو الذي يسمى شتة وهي مثل العود أيضاً . والطلبل وهو الذي يضرب وهو مشهور ويجمع على طبول . والمزمار بكسر الميم وهو القصبة التي ينفخ فيها ، وقد يتخذ من عود ، ويقال لها زمارة أيضاً ومنه يقال زمر الرجل يزمر يزمر زمراً فهو زمارة ولا يكاد يقال زامر ، ويقال للمرأة زامرة ، ولا يقال زمارة ، وفعلها الزمارة بالكسر كالكتابة والدف بفتح الدال وضمها الذي يضرب به ، قاله أبو عبيدة .

(أو أراق له سكرأ أو منصفأ) وهو أيضاً من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في الرجل المسلم يهريق المنصف للمسلم ، أو يهريق السكر قال هو ضامن ، وقال بيعه جائز . وقال يعقوب ومحمد « رح » ليس في شيء من ذلك ضمان ولا يجوز بيعه ، انتهى . وأصل اهراق أراق بمعنى صب وسكت والهاء فيه زائدة وهو بسكون الهاء ، وجاء هراق أيضاً ، أصله أراق أبدلت

فهو ضامن ، ويسع هذه الاشياء جائز ، وهذا عند أبي حنيفة .
وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل
الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة
والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف .

من الهزاة ماء ، والزرع فيها يهريق بضم الياء ، وجاء هريق يهريق على وزن أفعل والمفعول منه
مهريق ، ومن الاولين مهراق ومهراق أيضاً بالتحريك وهو شاذ ، والسكر بفتح السين
والكاف هو الذي من ماء الرطب . والمنصف بضم الميم وفتح النون وتشديد الصاد هو
الذي ذهب نصفه بالطبخ ، والباذق هو المطبوخ أدنى في طبخه (فهو ضامن وبيع هذه
الاشياء جائز ، وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه) .

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يضمن ، ولا يجوز بيعها) وبه قال مالك
وأحمد رحمهما الله . وقال الشافعي رحمه الله إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح ، وإذا
كسر لم يصلح له لزمه ما بين قيمته متصلاً ومكسوراً ، لأنه أتلّف بالكسر ما له
قيمة ، وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه ، ولو أتلّف شيئاً من الملامى التي
اقتنيت في البيت لا للهو ضمن قيمتها عنده ، وفيه إشارة إلى أنه إذا اقتنى الملامى
لأجل التلّهي لا ضمان بالاتفاق .

(وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة والدف
الذي يباح ضربه في العرس فيضمن بالاتلاف من غير خلاف) وفي الذخيرة قال أبو الليث
ضرب الدف في العرس مختلف بين العلماء ، قيل يكره ، وقيل لا يكره . أما الدف
الذي يضرب في زماننا من الصبيحات والجلالجات ينبغي أن يكون مكروهاً ، وإنما
الخلاف في الذي كان يضرب في الزمان المتقدم . وفي الغاية قال الفقيه أبو الليث وهذا
الذي حكى أن أبا يوسف ومحمد « رح » قالوا لا ضمان عليه في الدف والطبل إذا كان
لهو . وأما إذا كان طبل الغزاة أو الصبيات ^(١) أو الصيادين ينبغي أن يضمن ، وكذلك

(١) هكذا الكلام في الأصل .

وقيل الفتوى في الضمان على قولهما . والسكر اسم للنبيء
من ماء الرطب إذا اشتد . والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ . وفي
المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة « رح » روايتان في
التضمن والبيع . لهما أن هذه الاشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها
كالخمر ، ولأنه فعل ما فعل أمراً بالمعروف ، وهو بأمر الشرع فلا
يضمنه ، كما إذا فعل يأذن الإمام

الدف إذا لم يكن للهو فينبغي أن يضمن إذا كان مثل ذلك يحوز ضربه في العرس .
وقال الإمام العتابي في شرح الجامع الصغير . ولو كان طبل الحاج أو طبل الصيد أو
دف يلعب به الصبية في البيت يضمن بالإتفاق .

(وقيل الفتوى في الضمان على قولها) أي على قول أبي يوسف ومحمد « رح » أي
يعني بعدم الضمان لكثرة الفساد في الناس ، ذكره في جامع أبي اليسر .

(والسكر اسم للنبيء من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ ،
وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق) وقد مر الكلام في هذه الأشياء عن قريب . قيل
الباذق كلمة فارسية عبرت ، وهو تعريب باذه ، ومما أعرب من هذا التركيب البياذقة
للرجالة ، وهو تعريب بياذه ، ومنه يبدق الشطرنج (عن أبي حنيفة « رح » روايتان
في التضمن والبيع) أراد في التضمن من بهريق الباذق روايتان عن أبي حنيفة وهو
كذلك في جواز بيعه روايتان عنه .

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن هذه الأشياء أعدت للمعصية ، فبطل
تقومها كالخمر) فصار متلفها مستهلكاً بشيء غير متقوم ، فلا يضمن ولا يحوز بيعها
لعدم التقوم (ولأنه) دليل ثان لهما ، أي لأن متلف هذه الأشياء (فعل ما فعل أمراً)
أي حال كونه أمراً (بالمعروف ، وهو) أي الكسر والإراقة (بأمر الشرع) وهو
قوله ~~في الصحيح~~ إذا رأى أحدكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع
فبقلبه ، فكان كسرها وإراقتها أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر باليد (فلا يضمنه ، كما

إذا فعل بإذن الإمام) أى كما إذا كسر أو أراق . بإذن الإمام فإنه لا يضمن بالإتفاق . وقال الولوالجي في آخر كتاب السير في الفتاوى رجل له خمر فشق رجل زقه وأوراق الخمر على سبيل الحسبة لا يضمن الخمر ، ويضمن الزق ، لأن الخمر ليس بمقوم والزق مقوم ، إلا أن يفعل ذلك أيام يرى ذلك ، فعينئذ لا شيء عليه لأنه يختلف فيه ، ونظير هذا الذمي إذا أظهر بيع الخمر والخنزير في دار الإسلام يمنع ، فإن أراقه رجل أو قتل خنزيراً يضمن إلا أن يكون إماماً يرى ذلك فلا يضمن ، لأنه يختلف فيه .

وفي الفتاوى الصغرى في آخر كتاب الجنايات كسر دن الخمر إن كان بإذن الإمام لا يضمن وإلا ضمن فقال حكاة عن السبر الكبير في أدب القاضي في باب العددي من أدب القاضي رواية عن أصحابنا أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد ، حتى قالوا أيضاً لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين ، وقيل يراق العصير أيضاً قبل أن يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق ، لأنه روي عن عمر أنه هجم حين بلغه عن فائحة عن نساء أهل المدينة هجم عليها وضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقبل يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال أنه لا حرمة لها ، قالوا معنى قوله حين اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد اسقطت حرمتها . وروي أنه أحرق البيت على الثقفي حين سمع شرباً في بيته .

وعن أبي يوسف إن كان لا يتيسر إراقتها إلا بشق الذق لا يضمن ككسر الماعز . وعند الشافعي وأحمد في رواية يضمن ، كذا في جامع المحبوبي ، وفي الذخيرة والمغني وبستان أبي الليث الأمر بالمعروف على وجوه إن كان يعلم بأكبر رائه أنه لو أمر بالمعروف يقبلون منه ويمتنعون عن المنكر فالأمر واجب عليه لا يسهه تركه . ولو علم بأكبر رائه أنهم يقدفون بذلك ويشتمونه فتركه أفضل ، وكذا لو علم أنهم يضربونه ولا يصبر على ذلك ويقع بينهم العداوة ويهيج منه القتال فتركه أفضل . ولو علم أنه يصبر على ضربهم ولم يشك إلى أحد فلا بأس به وهو مجاهد . ولو علم أنهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضرباً ولا شتماً فهو بالخيار ، والأمر بالمعروف أفضل . وذكر المحبوبي مطلقاً فقال

ولابي حنيفة أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع ، وإن
صلحت لما لا يحل فصار كالأمة المغنية ، وهذا لان الفساد بفعل
فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم ، وجواز البيع والتضمين
مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد إلى الامراء
لقدرتهم ، وباللسان إلى غيرهم . وتجب قيمتها غير صالحة للهو

الامر بالمعروف واجب أو فرض إذا غلب على ظنه أنهم يتركون الفسق بالامر ، ولو
غلب على ظنه أنهم لا يتركون لا يكون إنفاً في تركه .

(ولأبي حنيفة «رح» أنها) أي الآلات المذكورة ، وهي البربط وأخواته (أموال
لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع ، وإن صلحت لما لا يحل) أراد أن أعيانها ليست
بمحرمة لأنها تصلح للانتفاع بها لغير اللهو ، ولكنها أعدت للهو مع صلاحيتها لغيره فلم
تناف الضمان (فصار كالأمة المغنية) والحامة الطيارة ، فان الضمان يجب على متلفها
(وهذا) توضيح لما قبله (لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم) أراد
أن الفساد ليس في المحل ، والمحل مال متقوم فيضمن (وجواز البيع والتضمين مرتبان
على المالية والتقوم) ولما وجدت المالية والتقوم في الأشياء المذكورة جاز بيعها
ويضمن متلفها .

(والامر بالمعروف باليد إلى الامراء لقدرتهم ، وباللسان إلى غيرهم) هذا يتعلق
بقوله كما إذا فعله بإذن الإمام ، يعني لما كان الامر بالمعروف باليد للأمر لم يلزم الضمان على
الكاسر بإذنه ، فإذا فعل بغير إذنه يلزم (وتجب قيمتها غير صالحة للهو) وفي بعض
النسخ فيجب بالفاء ، أي إذا كان الامر كذلك يجب قيمة هذه الآلات حال كونها غير
صالحة للهو ، يعني تجب قيمتها صالحة لغير المعصية ، ففي الدف يضمن قيمته دفلاً بوضع
القطن فيه . وفي البربط يضمن قيمته قصعة يحل فيها الثريد ونحو ذلك ، قاله قاضي خان .
وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي يضمن قيمته خشباً منحوتاً . وقال في المنتقى
عن أبي حنيفة «رح» يضمن قيمته خشباً مغلماً ، إنما الذي يحرم به التأليف . وقال الفقيه

كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل
والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور ، كذا هذا .
وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل ، لان المسلم
ممنوع عن تملك عينه وإن كان لو فعل جاز ، وهذا بخلاف ما إذا
أُتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك

أبو الليث كانوا يقولون إن معنى قول أبي حنيفة «رح» أنه يضمن قيمته ان لو اشترى
بشيء آخر سوى اللو فينظر لو أن إنساناً أراد أن يشتريه ليحله وعاء الملح أو غير ذلك
بكم يشتري فيضمن قيمته بذلك المقدار .

(كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد
الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور) إذا أُتلفها وأراد بهذه الامور الغناء في الجارية ،
والمناطحة في الكبش ، والطيران السريع في الحمامة ، والمقاتلة في الديك ، والخصي في
العبد ، فإن هذه الأشياء كلها معصية ، ولكن الحل مال عتقوم ، فلذلك يجوز بيعها
ويضمن متلفها (كذا هذا) أي كذا حكم الآلات المذكورة إذا بيعت أو أُتلف .

(وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل ، لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه)
أي عن تملك عين كل واحد منها لأنه حرام (وإن كان لو فعل جاز) أي فإن كان أخذ
المثل في الضمان جاز لعدم سقوط التقوم والمالية (وهذا) أي هذا الذي ذكرنا في ضمان
الآلات المذكورة .

(بخلاف ما إذا أُتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا) أي حال كونه
صليبا لا حال كونه صالحا لغيره (لأنه) أي لأن النصراني (مقر على ذلك) أي على هذا
الصنع ، فصار كالخمر التي هم مقرون عليها . وقال أحمد لا يضمن ، وعند الشافعي رحمه الله
بالتفصيل كما ذكرنا . وقال القدوري في شرحه قال محمد إذا أحرق الرجل باباً منجوراً
عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، وذلك لأن نقش التماثيل معصية فلا يجوز
أن يتقوم في الضمان ، كما لا يتقوم الغناء في الجارية المغنية . فإذا قطع رؤوس التماثيل

قال ومن غصب أم ولد أو مدبرة فهات في يده ضمن قيمة المدبرة
ولا يضمن قيمة أم الولد عند أبي حنيفة . وقالوا يضمن قيمتها
لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ، ومالية أم الولد غير متقومة
عنده ، وعندها متقومة ، والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من
هذا الكتاب

فذلك نقش غير ممنوع منه وقوم على الغاصب ، فقال فيمن أحرق بساط منه تصاوير رجال
ضمن قيمته مصوراً ، لأن التمثيل في البساط ليس تكرمة ، لأن البساط موطأ . وإذا لم
تكن محرقه ضمنها . وقال فيمن هدم بيتاً مصوراً بالأصباغ تماثيل قيمته قيمة البيت
وأصباغه غير مصور ، لأن التمثيل في البيت منهي عنها ، كذا ذكره القدوري في شرحه .
(قال ومن غصب أم ولد أو مدبرة فهات في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة أم
الولد عند أبي حنيفة «رح» ، وقالوا يضمن قيمتها) أي قال في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن أبي حنيفة «رح» في رجل غصب أم ولد لرجل فهات في يده قال لا ضمان
عليه ، وإن غصب مدبرته فهات فهو ضامن بقيمتها . وقال أبو يوسف ومحمد «رح» يضمن
أي في أم الولد كما يضمن في المدبرة (لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ، ومالية أم
الولد غير متقومة عنده) أي عند أبي حنيفة .
(وعندها متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب) وقد بينا
فيه خلاف الثلاثة أيضاً .

فوائد : غصب ثوباً فكساء للمالك أو طعاماً فقدمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم بأنه
ثوبه أو طعامه يبرأ الغاصب عندنا عن الضمان ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول ، ومالك
في قول لا يبرأ . ولو باعه أو وهبه وسلمه ، أو أودعه وسلمه وأعاره وسلمه ، أو أجره
وسلمه والمالك لا يعلم به يبرأ عن الضمان عندنا ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك وأحمد .
وقال الشافعي في وجه لا يبرأ . ولو رهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ عن الضمان عند
الشافعي ، وعندنا ومالك وأحمد يبرأ ، ولو حل رباط دابة أو فتح قفص طير أو حل قيد

عبد فذهب عقيب ذلك لم يضمن عندنا ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول وفي قول يضمن وبه قال مالك وأحمد .

وعن محمد يضمن سواء طار من فوره أو مكث ساعة ثم طار أما لو مكث ساعة ثم طار لا يضمن عندنا ، وعند الشافعي خلافاً لمالك وأحمد . ولو حل رأس الذئب فسأل البائع أو قطع - علاكتي - فنديل فانكسر ضمن ، ولو كان الدهن جامداً فذاب بالشمس فسأل لم يضمن ، وبه قال الشافعي في وجه . وقال في وجه يضمن وبه قال مالك وأحمد والغصب لا يتحقق في الحر بالإجماع فلا يضمن بالغصب . أما لو استعمله مكرهاً لزمه أجر مثله عند الثلاثة ، لأنه استوفى منافع متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد، وعنده لا يضمن . ولو حبسه مدة لا يجب أجر مثله عندنا أيضاً، وبه قال الشافعي وأحمد في وجه ومالك . وقال في وجه آخر أنه يضمن كما في العبد ، ولو غصب كلباً له منفعة وحبسه مدة يجب أجره في أحد الوجهين عند الشافعي، وعندنا وأحمد ومالك والشافعي في وجه لا يجب ولا يضمن إذا هلك أو أتلفه عند الثلاثة ، وعندنا يضمنه لأنه مال حتى يجوز بيعه عندنا ، والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم ،

(كتاب الشفعة)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الشفعة، وجه المناسبة مع كتاب الفصب من حيث (١) أن كل واحد من الغاصب والشفيع يملك مال الغير بغير رضاه ، إلا أن الفصب عدوان ، والشفعة مشروعة فكان حقها التقديم ، لكن معرفة أحكام الفصب أحوج لكثرة وقوعه ولا سيما (٢) في هذا الزمان ، ولكثرة أسباب الفصب، بخلاف الشفعة وهو اتصال ملك العقار عندنا .

(والشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم) تقول كان وترأ فشفعته شفعاً ، والشفع خلاف

(١) قوله : من حيث أن ... الخ ، أقول لأن الفصب هو أخذ مال متقوم بلا إذن مالكة يزيل يده ، والشفعة تملك عقار على مشتراه جبراً بمثل ثمنه ، فالتملك على مال الغير جبراً مأخوذ في كل منها ، إلا أن للشفعة مشروعة دون الفصب ، فكان حقه التقديم بفضل المشروع عن غير المشروع وشرفه عنه ، إلا أن معرفة أحكام الفصب أحوج لكثرة وقوعه ، حتى يحصل الاحتراز عنه لأن الاحتراز بعد المعرفة والكف عن السيئان خير من اتيان الحسنات فضلاً عن المباحات قال الله تعالى ﴿ ونهى النفس عن الهوى ﴾ ، فان الجنة هي المأوى ﴿ ٤٠ النازعات .

(٢) قوله : لا سيما في هذا الزمان ، أقول لأن الرمان زمان رفع الأمان عن الكف عن ما يهوى إليه الشيطان وأوان ضعف الإيمان للبعد عن زمانه عليه صلوات الرحمن بجد لا يحصى الحد والبيان ، وقد كان كلام الشارح في الزنا الذي كان هو رضي الله عنه موجود فيه ، فكيف حال زماننا .

سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع

الوتر وهو الزوج ، والشفيع صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة أيضاً ، والتركيب يدل على مقاربة السبيين ، فلذلك قال وهو الضم (سميت بها) أي سميت الشفعة المصطلحة في الشرع (لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع) أي لما في الشفعة من ضم العقار المشتراة إلى عقار الشفيع لأنه يضم بسبب داره ملك جاره إلى نفسه ، ومنه سميت الشفاعة لأنها تضم المشفوع له إلى أهل الثواب .

وحدها في الشرع تلك المنفعة بما قام على المشتري بالشركة أو الجواز ، فكان فيها معناها اللغوي ، وسببها أحد الأشياء الثلاثة ؛ الشركة في العقار ، والشركة في الحقوق ، والجواز على سبيل الملاصقة . وعند الشافعي لا يستحق بالجواز على ما يأتي . وقال الخصاص الشفعة تجب ^(١) بالبيع ثم تجب بالطلب ، فيه إشارة إلى أن سببها كلاهما على التعاقب وأنه غير صحيح ، لأن الشفعة لما وجبت بالبيع كيف يتصور ^(٢) وجوبها ثانياً . وقال شيخ الإسلام الاتصال ^(٣) مع البيع علة لها ، لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما ، ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط ، واتصال التسليم لأنه حصل بعد وجود سبب الوجوب .

(قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع) أي قال القدوري ومعنى واجبة ثابتة

(١) قوله : تجب بالبيع أو ما في معناه كالصلح على مال والهبة بقوض ، كذا في شرح المجمع ، والمراد بالوجوب الثبوت لا الوجوب الذي يلزم من تركه الإثم ، كذا في البيانية .

(٢) قوله : كيف يتصور ... الخ ، أقول ثبوت الشيء واحد لأن المصدر لا يتعدد إلا بتعدد المضاف إليه ، كما ثبت في موضعه .

(٣) قوله : الاتصال ، أقول أي اتصال ملك الشفيع بملك المشتري مع البيع علة لا مجرد الاتصال وإلا بطلت الشفعة لو سلم الشفيع الشفعة قبل البيع وليس كذلك ، ولا البيع بدون الاتصال وهو ظاهر .

ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ،

عند تحقق سببها لا أن يكون المراد بها لزوم الإثم عند تركها بالإجماع والخليط الشريك في البغمة وهو فاعل من الخالطة وهي المشاركة ، والخلطة وهي الشركة . وأجمع العلماء على ثبوت الشفعة في شريك لم يقسم رבעه إلا الاسم وأبوه عليه قائماً قال لا يثبت الشفعة بخلاف القياس ، وأن القياس يأبى جوازها لأنها تملك على المشتري ملكه الصحيح بغير رضاه فإنه من نوع الأكل بالباطل ، وكذا ذهب بعض أصحابنا ، يقال أن القياس يأبى جوازها ، ولكن تركنا القياس بالأثار المشهورة . والأصح أنها أصل في الشرع فلا يجوز لأنها خلاف عن القياس ، بل هي ثابتة على موافقة (١) القياس .

(ثم للخليط في حق المبيع كالشرب) بكسر الشين (والطريق) وهو الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق والشرب الخاصين ، وإنما قيدنا بذلك لأنهما إذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

(١) قوله : على موافقة القياس ، فإن قيل القياس لا يوافقه لأنه من نوع الأكل بالباطل لفقدان رضى المالك . قلنا دفع الضرر عن المسلم ليس أمراً خلاف العقل ، بل هو أمر معقول من حيث العقل والشرع ، قال ~~عنه~~ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، فكذا ما يتضمنه ويلزمه .

فإن قيل قال الله تعالى ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ٢٩ النساء ، فعلة حرمة الأكل على ما نصه تعالى هو عدم وجدان التراضي ، فعدم وجدان التراضي علة قطعية في تحريم التصرف في المال المأخوذ عن مالكه بلا رضاه ، والعلة للقطعية تدل على قطعية الحكم في جميع الفروع ، فكيف يعارضه الآثار الظنية المروية في جواز الشفع . قلنا كثرت أخبار الآحاد المرويات في جوازها حتى صار متواتر المعنى والعقد الإجماع على جوازها أيضاً فوجب الصرف إليه ، لأن جوازها ثبت بدليلين قطعيين الأول التواتر المعنوي في الأخبار المروية ، والثاني الإجماع المنعقد فيه فلا تعارضه العلة المنصوصة .

ثم للجار . أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

(ثم للجار) يعني الملاصق ، أي ثم يثبت للجار خلافاً للشافعي على ما يأتي (قال أفاد هذا اللفظ) أي قال المصنف أفاد لفظ القدوري هذا وهو قوله للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع ثم للجار (ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء) أي من الخليطين والجار (وأفاد الترتيب) حيث رتب الخليط في حق المبيع على الخليط في نفس المبيع ، ثم رتب الجار عليهما . وفي الذخيرة ^(١) صورته منزلاً بين اثنين وسكة غير نافذة باع أحد الشريكين نصيبه فالشريك الملاصق في المنزل أحق بالشفعة ، فإن سلم فأهل السكة أحق ، فإن سلموا فالجار وهو الذي على ظهر المنزل وباب داره في سكة أخرى ، ومسألة الجار على وجهين أما أن تكون الدار المشتركة في سكة نافذة ، وفي هذا الوجه جميع أهل السكة شفعاء الملاصق والمقابل في ذلك على السواء .

وقد قبل الشفعة على أربع مراتب ويظهر ذلك في مسألتين إحداهما بيت في دار غير نافذة والبيت لاثنتين والدار لقوم ، فباع أحدهما نصيبه من البيت فالشفعة أولى للشريك في البيت ، فإن سلم فلشريك الدار ، فإن سلم فلاهل السكة ، فإن سلموا فللجار الملاصق وهو الذي على ظهر المنزل وبابه في سكة أخرى . والثانية دار بين اثنين في سكة غير نافذة فالشفعة أولى للشريك في الدار ، فإن سلم فللشريك في الحائط المشترك

(١) قوله : وفي الذخيرة . أقول والأوضح منه على ما في بعض شروح الوقاية أن يكون داراً مشتركة بين رجلين وفي الدار منزل مشترك بين أحدهما وبين ثالث ، وباب الدار في سكة غير نافذة وعلى ظهر المنزل داراً لرجل وبابه في سكة آخر فباع الشريك في المنزل حصته من المنزل فالشريك الآخر في المنزل أحق من الشريك في الدار ، والشريك في الدار أحق من الشركاء في السكة ، لأنه شريك في الطريق الأخص ، فإن ساحة الدار يمر أهل المنزل ، فإن سلم هو فالشريك في السكة أحق من الجار الملاصق لأنه شريك في الطريق الأعم . فإن سلم فالشفعة حينئذ للجار .

أما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ، ولقوله عليه السلام جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً

بين الدارين ، فان سلم فلاهل السكة ، فان سلموا فللجار الملاصق .
(أما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم) هذا غريب ، ولكن أخرج مسلم عن عبد الله بن ادريس عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه قال قضى رسول الله ﷺ في الشفعة في كل شيء لم يقسم ربه (١) أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذ ، وإن شاء ترك . فاذا باع ولم يؤذنه به فهو أحق به . وأخرجه الدارقطني في سننه وقال لم يقل في هذا لم يقسم إلا ابن ادريس وهو من الثقة الحفاظ ، وأخرج مسلم أيضاً عن ابن وهب عن ابن جريج عن أبي الزبير رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ الشفعة في كل شرك ربة أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع ، فان أبى فشريكه أحق به حتى يأذنه .

(ولقوله عليه السلام جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً) هذا مركب من حديثين ، فصدر الحديث أخرجه أبو داود في البيوع والترمذي في الأحكام والنسائي في الشرط . وأبو داود والنسائي عن شعبة عن قتادة عن سمرة . والترمذي في الأحكام عن اسماعيل بن عتبة عن سعد عن قتادة أن النبي ﷺ قال جار الدار (٢) أحق بدار الجار والأرض . وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

(١) قوله : ربه ، أقول الربع المنزل ودار الإقامة ، وربع القوم محلهم ، والربع جمه مجمع التجار . قال الإمام النووي في شرحه لمسلم الربة والربع بفتح الراء وإسكان الباء وبالفتح الدار والمسكن ، والمطلق الأرض وأصله المنزل الذي كان يتربعون فيه . والربة تأنيث الربع ، وقيل واحدة والجمع الذي هو مسلم الجمع ربة كثرة وقرة .

(٢) قوله : قال جار الدار ، أقول في هذا الحديث صفة العكس وهو من صنائع علم البديع ، ونظيره قولهم عادات السادات سادات العادات وكلام الإمام إمام الكلام وكلام الملوك ملوك الكلام .

ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه وابن أبي شيبة في مصنفه ، وفي بعض ألفاظهم جار الدار أحق بشفعة الدار ، وأخرجه النسائي أيضاً عن عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي هريرة عن قتادة عن الحسن بن سمرة . وأخرجه أيضاً عن عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس مرفوعاً جار الدار أحق بالدار ، فهذا الإسناد رواه ابن حبان في صحيحه ثم قال وهذا ^(١) الحديث إنما ورد في الجار الذي يكون شريكاً دون الجار الذي ليس بشريك ، يدل عليه ما أخبرنا واسند عن عمرو بن الشريد قال كنت مع سعد بن أبي وقاص والمصور بن مخرمة فجاء أبو رافع مولى رسول الله ﷺ وقال السعد بن مالك اشتر مني بيتي الذي في دارك فقال لا إلا بأربعة آلاف منجمة ، فقال أما والله لولا أنني سمعت رسول الله ﷺ يقول الجار أحق بسبقه ما بعثتها وقد أعطيتها بخمسةائة دينار ، انتهى .

قلت هذا معارض بما أخرجه النسائي وابن ماجه عن حسين المعلم عن عمرو بن الشريد عن أبيه أن رجلاً قال يا رسول الله أرضني ليس لأحد فيها شريك ولا قسم إلا الجوار ، فقال الجار أحق بسبقه ما كان . وأخرجه الطحاوي ولفظه ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار .

وأخرجه ابن جرير الطبري في التهذيب ولفظه ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار ، فهذا صريح بوجوبها لجوار لا شركة فيه تدل على سقوط تأويلهم الجار بالشريك ، وعلى أن الجار الملازم يجب له الشفعة وإن لم يكن شريكاً ، وبقيّة الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء بن أبي رباح عن

(١) قوله : وهذا الحديث ، أقول حاصله أن هذا الحديث يدل على أن المراد بالجار هو الشريك ، لأن السعد بن مالك قال أولاً اشتر مني بيتي الذي في دارك ، وهذا يدل على الشركة ، ثم استدل عن قوله ﷺ الجار أحق بسبقه ، ومن الظاهر أن الاستدلال لا يصح إلا إذا كان المراد بالجار الشريك دون الجار الذي ليس بشريك .

جابر بن عبد الله قال قال رسول الله ﷺ الجار أحق بشفعة جاره ينتظرها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحد . وقال الترمذي حديث حسن غريب ولا يعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث .

وقال في مختصره قال الشافعي بخلاف أنه لا يكون محفوظاً . وسئل الإمام أحمد عن هذا الحديث فقال هو حديث منكر ، وقال يعني لم يحدث إلا عبد الملك وقد أنكره الناس عليه . وقال الترمذي سألت محمداً بن اسماعيل البخاري عن هذا الحديث فقال لا أعلم أحداً رواه عن عطاء غير عبد الملك تفرد به . ويروى عن جابر خلاف هذا .

قلت ذكر صاحب الكمال عن الثوري وابن حنبل قال عبد الملك من الحفاظ ، وكان الثوري يسميه الميزان . وعن أحمد بن عبد الله ثقة ثبت ، وأخرج له مسلم في صحيحه . وقال الترمذي ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث . وذكر ابن حبان في الثقات وقال روى عنه الثوري وشعبة وأهل العراق وكان من خيار أهل الكوفة وحفاظهم ، وليس من الإنصاف ترك شيخ ثبت بأوهام لهم في رواية ، ولو سلكتنا ذلك للزمنا ترك حديث الزهري وابن جريج والثوري وشعبة ، لأنهم لم يكونوا معصومين .

وقال صاحب التنقيح واعلم أن حديث عبد الملك بن أبي سليمان حديث صحيح ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة وهي الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، فإن في حديث عبد الملك إذا كان طريقهما واحداً ، وحديث جابر المشهور لم يثبت فيه استحقاق الشفعة إلا بشرط صرف الطرق ، فنقول إذا اشترك الجارات في المنافع كالبئر والسطح أو الطريق فالجار أحق ^(١) بسبق جاره لحديث عبد الملك ، وإذا

(١) قوله : أحق... إلخ ، أقول في مجمع جار الأنوار السبق بفتح السين وهو بالصاد في الأصل القرب سبقت الدار وأسبقت أي قريت ، وما احتج به موجب الشفعة للجار ونافيه بأوله على الشريك فإنه يسمى جاراً ، أو على أنه أراد أنه أحق بأيسر المعونة بسبب قربه من جاره .

ولقوله عليه السلام الجار أحق بسقبة قيل يا رسول الله ما سقبة قال شفعتها ،

لم يشتركا في شيء من المنافع فلا شفعة لحديث جابر المشهور ، وطعن شعبة في عبد الملك بنسبة هذا الحديث لا يقدح فيه ، فإنه ثقة . وشعبة لم يكن من الخذاق في الفقه فيجمع بين الأحاديث إذا ظهر تعارضها ، إنما كان حافظاً وغير شعبة إنما طعن فيه تبعاً لشعبة . وقد احتج بعبد الملك مسلم في صحيحه ، واستشهد به البخاري .

(ولقوله ﷺ الجار أحق بسقبة ، قيل يا رسول الله ﷺ ما سقبة قال شفعتها) أخرج البخاري في صحيحه عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع مولى النبي ﷺ يقول الجار أحق بسقبة انتهى . السقب بفتح السين المهملة وفتح القاف وفي آخره باء موحدة القرب ، يقال سقبه داره بالكسر والمنزل سقب ، والساقب القريب ، ويقال للبعيد أيضاً جعلوه من الأضداد .

وقال إبراهيم الحزمي في كتابه غريب الحديث الصقب بالصاد ما قرب من الدار ، ويحوز أن يقال صقب فتكون السين عوض الصاد ، لأنه في أول الكلمة ، وكذا لو كان في أول الكلمة حاء أو عين أو طاء فنقول صحر وسحر ، وصدع وسدع ، وطر وطر ، فإن تقدمت هذه الحروف الأربعة السين لم تجز ذلك ، فلا يقال خصر وخسر ، ولا قصب وقصب ، ولا ضرص وضرص . وفي المغرب السقب القرب والاتصال ، وأريد بالسقب هنا الساقب على معنى ذو السقب تسميته (١) بالمصدر . وفي الجمهرة يقال سقبته الدار واسقبت لفتان فصيحتان ، والمنزل سقب واسقب وأبيات القوم متساقبة أي متقاربة .

(١) قوله : تسميته بالمصدر ، أقول وإلا فحمل المصدر كيف يصح ، فالعنى أن الجار أحق بساقبه وهو الجار . فان قيل أن الأحق صيغة أفعل التفضيل فهو يدل على مزيد استحقاق عما عداه فيلزم أن يزيد استحقاقه على الشريك . قلنا إنه يجوز اختار لفظ السقب وهو يدل على عليّة القرية للاستحقاق . ومن الظاهر أن مزيد القرية للشريك دون الجار .

ويروى الجار أحق بشفعته

(ويروى أن الجار أحق بشفعته) قد ذكرنا عن قريب عن جابر رضي الله عنه عن الترمذي الجار أحق بشفعته ينظر بها ، وإن كان غائباً . وروى إسحاق بن راهوية مسنداً أخبرنا الجارمي وغيره عن سفيان الثوري عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن النبي ﷺ قال الجار أحق بشفعته . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب أقضيته ~~عنه~~ ثنا جرير عن منصور عن الحاكم عن علي وعبد الله قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة للجوار . وروى ابن جرير الطبري في التهذيب حديث موسى بن عقبة عن إسحاق بن يحيى عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قضى أن الجار أحق بسقب جاره . وأخرج ابن جرير أيضاً عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ إذا أراد^(١) أحدكم أن يبيع عقاره فليعرضه على جاره . وأخرج ابن حبان في صحيحه حديث الجار أحق بصقبه من حديث أبي رافع وأنس عن النبي ﷺ فظهر بمجموع هذه الأحاديث أن للشفعة ثلاثة أسباب الشركة في نفس المبيع ، ثم في الطريق ، ثم في الجوار . وحكى الطبري أن القول بشفعة الجوار هو قول الشعبي وشريح وابن سيرين والحكم وحماد والحسن وطاووس والثوري وأبي حنيفة وأصحابه . قلت وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة أيضاً . وفي شرح الوجيز عن ابن شريح كذهب أبي حنيفة . قال العاصي الروثاني بعض أصحابنا

(١) قوله : إذا أراد ، أقول فإن قيل قوله ~~عنه~~ إذا أراد أحدكم أن يبيع عقاره ... الخ على أن الإخبار بمجرد إرادة البيع واجب مع أن الأحق في الأول الإطلاع للشريك في نفس المبيع ، ثم في حق المبيع ثم الجار . قلنا المراد ببيع العقار الذي لا يكون محل الشركة ، أو المراد بالعرض على الجار بعد عرضه على الشريك . قال الإمام النووي واختلف العلماء فيما لو أعلم الشريك بالبيع فأذن فيه فباع ثم أراد الشريك أن يأخذ بالشفعة فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وعثمان وابن أبي ليلى وغيرهم له أن يأخذ بالشفعة . وقال الحاكم والثوري وأبو عبيدة من أهل الحديث ليس له الأخذ . وعن محمد روايتان كالمذهبين .

وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم
يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، ولأن حق

ينفي به وهو الاختيار . وفي الاستذكار روى ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبي بكر
ابن حفظ بن عمر بن سعد بن أبي وقاص أن عمر رضي الله عنه كتب إلى شريح أن إقضى
بالشفعة للجار ، فكان يقضي بها . وسفيان عن إبراهيم أن ميسرة قال كتب إلينا عمر بن
عبد العزيز رضي الله عنه إذا حدث الحدود فلا شفعة . قال إبراهيم فذكرت لطاؤوس
فقال لا الجار أحق .

(وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار) وكذا بالشركة في الحقوق كالطريق
والشرب ، لأن ذلك كالجوار وكذا فيما لا يحتمل القسمة كالنهر والبئر ، وبه قال مالك
وأحمد والأوزاعي وأبو ثور وابن ثور وابن المنذر . وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلي رضي
الله عنهم (لقوله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)
أخرج البخاري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله أن قال قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل
ما يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، وفي لفظ البخاري إذا جمل
النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ،
وهذا يقتضي أن جنس الشفعة فيما لم يقسم ، إذ الألف واللام للجنس لعدم المهور (١)
والدليل عليه أنه قال في رواية إنما الشفعة فيما لم يقسم ، وإنما كلمة (٢) المحصر ، ويدل
عليه أيضاً فإذا صرفت الطرق ، أي جعل لكل قسم طريق على حدة فلا شفعة .
(ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس) هذا دليل معقول للشافعي ، والسنن

(١) قوله : لعدم المهور أقول كقوله ﷺ الأئمة من قریش فيختص الشفعة فيما لا
يقسم . يعني إذا كان قابلاً للقسمة ، وإنما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده ، وأنه قال فإذا
وقعت الحدود وصرفت الطرق وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم للشريك
في حق المبيع والجار ، لأن حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه .

(٢) قوله : وإنما كلمة ، أقول فهي دالة على أن جنس الشفعة مختصة فيما لم يقسم .

الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير
من غير رضاه ، وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم ، وهذا ليس في
معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع . ولنا ما روينا

بفتح السين الطريق ، وتقريره أن حق الشفعة خارج عن مقتضى القياس (لما فيه) أي في
حق الشفعة (من تملك المال على الغير من غير رضاه) وإذا لا يجوز لقوله ﷺ لا يحل مال
أرىء مسلم إلا بطيب من نفسه ، فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلاً ، لكن
ثبت فيما لم يقسم على خلاف القياس ، وهو معنى قوله (وقد ورد الشرع به) أي بحق
الشفعة (فيما لم يقسم) لدفع ضرر مؤنة القسمة ، فلا يلحق به غيره قياساً أصلاً ولا دلالة
إذا لم يكن في معناه من كل وجه .

(وهذا) أي الجار (ليس في معناه) أي ليس في معنى ما ورد به الشرع (لأن
مؤنة القسمة تلزمه في الأصل) أي فيما لم يقسم ، وهو موضع الإجماع (دون الفرع) وهو
المقسوم ، وهو موضع الخلاف . أراد أن الشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة لأنه يحتاج إلى
أن يدفع من نفسه مطالبة القسمة ولا يمكنه إلا بالتملك عليه ، وهذا المعنى لا يتحقق في الجار .
(ولنا ما روينا) من الأحاديث المذكورة عن قريب . فان قبل يطلق لفظ الجار على
الشريك كما في قول الأعشى :

أيا جاري (١) فانك طالق كذلك أمور الناس عاد وطارق
والمراد (٢) زوجتي وهي شريكته في الفراش ، ولأنه ﷺ قال إنما الشفعة فيما لم يقسم ،

(١) قوله : أيا جاري ، أقول معناه يا زوجتي كما أنك طالق كذلك أمور الناس ليست
على طريقة واحدة فلا تحزني .

(٢) قوله : والمراد زوجته ، أقول جواب سؤال مقدر وهو أن الجار في هذا المقام
بمعنى الزوج لا بمعنى الشريكة . فأجاب أن الزوجة هي الشريكة . فأجاب أن الزوجة
هي الشريكة في الفراش فيصح إطلاقه على الشريك أي شريك كان ، لان المجاز لا يختص
بمورد خاص بل يعم حسب عموم الجامع والعلاقة .

نص على النفي عن غيره ، لأن كلمة إنما للحصر ، ولأن تعليلكم الاستحقاق بالجوار بسبب دفع ضرر الجوار منقوض بالجوار المقابل وبالجوار الملاصق بطريق الإجارة . قلنا حمل لاسم الجار على الشريك ترك (١) الحقيقة فلا دليل ، وهذا لا يجوز . ولأن آخر الحديث يأبى حمله على الشريك فإنه قال في آخره إن كان طريقهما واحداً ، وفي حمله على الشريك يلغو هذا لأن بالشركة (٢) يستحق الشفعة سواء كان الطريق واحداً أو لا .

وقال الإمام الحلوني تركوا العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته والمعجب منهم أنهم سمو أنفسهم أصحاب الحديث فالتعنوا أنفسهم بترك العمل بالحديث بأصحاب الحديث . وقد روى ابن سعد رضي الله عنه عرض بيتاً له على جاره فدل أن جميع البيت له ، وسعد تأوله بالشريك ويبطل أيضاً تأويله بالشريك ما أخرجه ابن أبي شبة عن أبي أسامة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد عن أبيه قلت يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار ، قال الجار أحق بسبقه ما كان ، وسمى الزوجة جار إلا أنها تجاوره في الفراش لأنها لا تشاركه . وما روي يدل على ثبوت الشفعة في الشركة وتخصيص (٣) الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه .

(١) قوله : ترك الحقيقة المدول عنها إلى الجاز بلا قرينة صارفة غير صحيح .

(٢) قوله : لأن بالشركة ، أقول لأن المأخذ يكون علة للاتصاف ، فإذا كان الشريك

مستحقاً بالشفعة كان استحقاقه بعة الشركة فيعم المعلوم وهو الشفعة لعموم العلة فلا وجه للتقييد بأن يكون طريقهما واحداً . فإن قيل يجوز أن يكون هذا التخصيص العلة وهو أن الشركة إنما تعمل في الاستحقاق إذا كان طريقهما واحداً . قلنا فالعلة على هذا هو اتحاد الطريق لا دخل فيه لمفهوم الشركة وتخصيص العلة مع عموم المأخذ تكلف .

(٣) قوله : وتخصيص الشيء ، أقول هذا جواب سؤال مقدر ، وهو أن قوله ~~بأن~~

الشفعة لشريك لم يقاسم ، يدل على أن جنس الشفعة للشريك لأن اللام للجنس لعدم المهور فأجاب تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فتخصيص الشريك في استحقاق جنس الشفعة لا يدل على نفي الاستحقاق عما عداه ، لأن الجنس يتحقق ...
فبيان تحققه في فرد لا يدل على انحصاره فيه .

وأما رواية إنما الشفعة فليست بثبت ، ولئن سلمنا ثبوتها يقتضي ^(١) نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملاً بما رويناه ، أو يقتضي تأكيد المذكور بطريق الكمال كما قال سبحانه وتعالى ﴿ إِنَّمَا أَنْتَ مُنْذِرٌ ﴾ وكما يقال إنما العالم في البلد زيد أي الكامل فيه والمشهور به زيد ، والشريك في البقعة كامل في سبب استحقاق الشفعة دون نفي غيره ، بدليل ^(٢) سياق الحديث ، فإنه قال في آخره فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . وعند الشافعي لا شفعة هناك أيضاً ، فكان آخر الحديث حجة لنا أيضاً مع أنه قيل إن هذا من كلام الراوي لا من الحديث ، فلو صح أنه من الحديث فمعنى قوله لا شفعة ^(٣) يوقع الحدود وصرف الطرق ، فكان الموضع موضع إشكال ، لأن في القسمة بمعنى المبادلة .

ومما يشكل هل يستحق بها الشفعة ، فبين النبي ﷺ أنه لا يستحق الشفعة بالقسمة ،

(١) قوله : يقتضي نفي الشفعة ، أقول حاصله أن قوله ~~يقتضي~~ إنما الشفعة للشريك يدل على انحصار الشفعة الثابتة بالشركة في الشركاء دون انحصار الشفعة المطلقة عملاً بما رويناه ، فاللام فيه للمعود الذهني وهو الشفعة الثابتة للشركاء ، ومن الظاهر أن الشفعة لا تجب للجار بقسمة الشركاء لأنهم أحق منه ، وحقهم متأخر عن حقهم ، وبذلك يتحصل التوفيق بين الأحاديث ، على أننا نقول إن القوبة إلى الجار إنما تنقل بعد الشركاء عن أخذ الشفعة ، فجنس الشفعة في أول الأمر للشفعاء فقط .

(٢) قوله : بدليل سياق ، أقول حاصله أن قوله إذا وقعت الحدود يدل على نفي العلة وهي الشركة .

(٣) قوله : لا شفعة ، يدل على عدم المعلول وهي الشفعة الثابتة بسبب الشركة ، فالمراد أن الشفعة الثابتة بسبب الشركة ثابتة حتى لا تقدم الحدود ولا تصرف الطرق ، وإنما بعد وقوع الحدود وصرف الطرق فلم يبق استحقاق الشفعة الواجبة بالشركة ، فالربط بين الجملتين شعر بأن المراد نفي الشفعة الثابتة بالشركة فيما إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق دون نفي الشفعة المطلقة .

ولأن ملكه متصل بملك الدخيل إتصال تأييد وقرار فيثبت له
حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع . وهذا
لان الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر
الجوار ، إذ هو مادة المضار على ما عرف ، وقطع هذه المادة
بتملك الاصيل أولى ،

ولا يلزم الجار المقابل . ولأن الضرر هناك ليس بسبب اتصال الملك فلا يستحق رفعه
بحق الملك ، فان الشفعة حق الملك فيتحقق به رفع ضرر يلحق بسبب اتصال الملك ، ولهذا
لم يثبت لجار السكنى كالمستأجر والمستعير ، لأن جواره ليس بمستدام .
(ولأن ملكه) أي ملك الشفيع (متصل بملك الدخيل) أي متصل باملك المشتري
بالشراء ، ومما دخيلاً لأنه ليس بأصيل في الجوار ، والأصيل هو الجار (اتصال التأييد
والقرار) في بعض النسخ اتصال التأييد والقرار وفي بعض النسخ اتصال تأييد وقرار .
واحترز بالتأييد عن المنقول والسكنى بالعارية والقرار عن المشتري شراء فاسداً ، لأنه
إقرار له لوجوب النقص رفعاً للفساد فثبت له (حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال)
أي إذا كان كذلك يثبت للشفيع حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال احترز به عن
الإجارة والمهونة والمعمولة مهراً (اعتباراً بمورد الشرع) أي إلحاقاً بالدلالة بمورد الشرع
وهو ما لا يقسم .

(وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة) هذا كأنه جواب عن قوله وهذا ليس في معناه ،
أي لا معنى لقوله وهذا ليس في معناه إذ الاتصال على هذه الصفة يعني اتصال التأييد
والقرار (إنما انتصب سبباً فيه) أي فيما ورد الشرع (لدفع ضرر الجوار إذ هو) أي
الجوار (مادة المضار) من إيقاد النار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهار وأعلى الجدار
للإطلاع على الصغار والكبار (على ما عرف) سواء هذا بين الجيران (وقطع هذه المادة)
جواب إشكال وهو أن يقال الشفيع أن يتضرر بالدخيل ، والدخيل أيضاً يتضرر بتملك
الشفيع ما له عليه ، فأجاب بأن قطع هذه المادة (بتملك الأصيل) يعني الشفيع (أولى

لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آباته أقوى ، وضرر القسمة
مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره .

لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آباته أقوى (لأن ملك ^(١) المشتري لم يتقرر بعد ،
والمشتري رافع لتقرير ملكه ، لأنه مضطر إلى البيع لو لم يوافق المشتري والدفع ^(٢)
أسهل من الرفع .

(وضرر القسمة مشروع) هذا جواب عن قول الشافعي لأن مؤنة القسمة تلزمه عند
بيع أحد الشريكين ، لأنه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة
القسمة ، فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسبب
مؤنته ، وذلك ضرر به فمكثه الشرع من أخذ الشفعة دفعاً للضرر عنه . وتقرير الجواب
أن مؤنة القسمة أمر مشروع (فلا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) وهو التملك على المشتري
من غير رضا لدفع ضرر القسمة ، لأنه ليس ^(٣) بضرر بل العلة هي دفع ضرر الجوار

(١) قوله : لأن ملك المشتري ... الخ ، هذا جواب سؤال مقدر وهو أن البيع إذا
تم فثبت تملك المشتري ، فكما أن الشفيع يتضرر عن ضرر الجوار ، يتضرر المشتري أيضاً ،
لأن في جواره ملك الشفيع . فأجاب أن ملك المشتري لم يتضرر بعد ، لأن تقرر به بعد
تسليم الشفيع والمشتري رافع لتقرير ملكه على خطة آباته وهو الإزعاج عنها ، لأنه لو لم
يوافقه المشتري بل أضر للشفيع بضرر الجوار الذي هو مادة المضار يضطر على بيع خطة
آباته فيلزم الإزعاج عنها فيترجح الأصل على الدخيل بأن يدفع ضرره بتحويل الصفة إلى
نفسه ، إذ لا ضرر للدخيل بأن يعود إلى رأس ماله ، وإنما عدم رجاء .

(٢) قوله : والدفع أسهل ، أقول لأن الدفع وهو دفع الأصل ضرر الجوار عن نفسه
بتحويل الصفة إلى نفسه أسهل من رفع الدخيل تقرير الملك الذي ثبت للأصل على خطة
آباته ، لأن الأول يتضمن ضرراً سيراً والثاني ضرراً كثيراً .

(٣) قوله : لأنه ليس ... الخ ، يعني أن ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعاً وما
وجب شرعاً ، وصار حقاً عليه لا يصح علة لتحقيق ضرر المشتري بملك ماله بغير رضا ،
وإنما مرفوع ضرر ليس بحق عليه .

باتصال الملكين على الدوام .

فإن قلت ضرر الدخيل موهوم ، وربما يكون وربما لا يكون لأنه مسلم مميز عاقل وعقله ودينه يمنانه عن أضرار الغير وضرر المشتري وهو أخذ الملك منه بلا رضاه متحقق ، فلا يلتزم ضرر المتحقق لدفع ضرر موهوم . ولو كان ضرر الدخيل موجوداً لا موهوماً يمكن رفعه بالمرافعة إلى السلطان أو بالمقابلة . قلت لا نسلم أن ضرر الدخيل موهوم بل هو غالب ، فإن الإنسان لا يمكنه الانتفاع بملكه مدة عمره ولا يتأذى من جاره ، فما أجزأ من قال قبل حلوله لأنه إذا نزل ربما يمكن دفعه ، وبما لا يمكن فلا فائدة إذن في الاشتغال بالدفع والضرر الذي يلحق من جهة الدخيل بعضه ظاهر وبعضه باطن . فلا يمكن رفع جميع ذلك إلى السلطان وفيه حرج . وربما يحصل ضرر في باب السلطان أي في المقابلة فوق^(١) ضرر سوء الصعوبة ، فلا يتحمل إلا على الدفع الأدنى .

فإن قلت^(٢) العلة في استحقاق الشفعة للشريك دفع ضرر المقاسمة ، فلا يتحقق هذا المعنى في الجار فلا يثبت له الشفعة . قلت المقاسمة حق مستحق على الشريك فلا يكون من الضرر .

فإن قلت في الملوكة بالإرث والهبة والوصية لا يثبت الشفعة فينتقض عليكم . قلت^(٣)

(١) قوله : فوق ضرر ... الخ ، أقول لأن الاشتغال في المرافعة والمقابلة يستلزم التعطل عن الاشتغال بأكثر المهمات الضرورية التي يحتاج إلى اشتغالها الإنسان وفيه حرج .
(٢) قوله : فإن قلت أقول حاصله أن العلة عندكم للشفعة هي دفع ضرر الجوار باتصال الملكين على الدوام فيلزم أن يثبت الشفعة في الملوكة بالإرث والهبة والوصية مع أنها لا يثبت الشفعة في الأمور المذكورة وإلا يلزم تخلف العلة المؤثرة عن المعلوم وهو الحكم .

(٣) قوله : قلت عدم ... الخ ، أقول يعني إن عدم ثبوت الشفعة ، بل الباعث فيه ندرة وجودها وقلة وقوعها ، وترتب الأحكام الشرعية التي يتعلق الابتداء بها إنما هو على الحوادث التي كثر وقوعها لئلا يلزم التمهل والسدى في المعاملات .

وأما الترتيب فلقوله ﷺ الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع

عدم الثبوت في هذه الاشياء لقلّة وجودها ، بخلاف البيع ، وأيضاً ^(١) فإنها لو ثبت فيها إما أن يثبت بعوض فلا يمكن وهو ظاهر أو بغير عوض فليس بمشروع في الشفعة .

(وأما الترتيب فلقوله ﷺ الشريك أحق من الخليط ^(٢) والخليط أحق من الشفيع)
هذا عطف على قوله أما الثبوت قد مر أن لفظ القدوري دل على شيئين ثبوت الشفعة والترتيب . أما ثبوتها فبالاحاديث المذكورة ، وأما الترتيب فلقوله ﷺ ولكن لم يثبت الحديث بهذا اللفظ الذي ذكره المصنف . وقال ابن الجوزي في التحقيق هذا حديث لا يعرف . وأما المعروف ما رواه سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن هشام بن المغيرة النسفي قال قال الشعبي قال رسول الله ﷺ الشفيع أولى من الجار ، والجار أولى من الجنب . وقال في القبيح هشام ومعه ابن معين وقال أبو حاتم لا بأس بحديثه ، انتهى . قلت هذا الحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن المبارك به . ورواه ابن أبي شبة في مصنفه في اثناء البيوع ثنا أبو معاوية عن عاصم عن الشعبي عن شريح قال الخليط

(١) قوله : وأيضاً فإنها ، أقول يعني إن الشفعة لا تخلو إما أن يثبت فيها بعوض أو بغير عوض وكل من الشقين باطل فالشفعة كذلك . أما بطلان الشق الأول فلان الإرث والهبة التي تكون بغير عوض والوصية لا تكون بإزاء المال فالشفيع إن استحقها بالعوض لزم الاستحقاق في الأشياء التي يكون استحقاقها بلا عوض بالعوض هذا خلف ، وأما بطلان الشق الثاني فلان الشفيع إن استحقها بغير عوض يلزم ثبوت الشفعة بغير عوض .
(٢) قوله : أحق من الخليط ، أقول أي الشريك راجع في حق الشفعة بالنسبة إلى الخليط فلذا يتقدم على الخليط ، وإن كان للخليط استحقاق معه ، بخلاف الابن وابن ابن آخر ، لأن شرط استحقاقه عدم الابن ، فها هنا لو أسقط الابن حقه في التركة لا يثبت لابن الابن حق فيها مع وجود الابن . والحاصل أن الشريك صاحب للخليط في الحكم والابن حاجب لابن ابن أخ في النسب .

فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار

أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من الجار ، والجار أحق من سواء . ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن شريح الخليط أحق من الجار ، والجار أحق من غيره . وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن إبراهيم النخعي قال الشريك أحق بالشفعة ، فإن لم يكن شريك فالجار والخليط ^(١) أحق من الشفيع ، والجار أحق ممن سواء . وروى أبو يوسف عن أشعث بن سوار عن محمد بن سيرين عن شريح أنه قال الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من الجار ، والجار أحق من غيره .

(فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) . وهذا كما قد ترى فسر الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع ، والخليط بمن كان في حقوق المبيع ، وهما في اللغة سواء .

وقال الطحاوي في شرح الآثار فإن قال فقد جعلت هؤلاء الثلاثة شفعا بالأسباب التي ذكرت فلم جعلت الشريك أولى من الشريك في الطريق ثم الجار . قيل له لأن الشريك له شركة في الطريق وفي الدار بعينه ، وليس لصاحب الطريق حق في الدار ، فلهذا صار هو أولى . وكذلك لصاحب الطريق حق في الطريق وليس في الطريق للجار ذلك ، فلهذا صار هو أولى ثم الجار .

وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد قالوا في الشريك إذا سلم الشفعة وجبت للشريك في الطريق ، فإن سلمها وجبت للجار . وروى عن أبي يوسف أن الشفعة إذا اجتمعوا فسلم الشريك الشفعة فلا شفعة ^(٢) لغيره ، لأن عقد البيع وقع غير

(١) قوله : قال الخليط أحق ... الخ أقول أي الخليط أحق من الجار الملاصق والجار الملاصق أحق من الجار المقابل .

(٢) قوله : فلا شفعة ، أقول حاصله أن العقد لا يخلو إما أن يكون موجبا للشفعة للجار أولا ، على الأول يلزم تقدمه على الشريك ، وعلى الثاني فلا شفعة له لعدم كون العقد موجبا للشفعة في حقه ، والحل أن العقد وقع موجبا في حقه بشرط تسليم ←

موجب للشفعة للجار ، ألا ترى انه لا يملك المطالبة بها فلا يثبت حقه إلا بتجديد بيع آخر أصله إذا استحدث الجوار .

وقال الكرخي في مختصره الشفعة تستحق عند أصحابنا جميعا بثلاثة معاني بالشركة ، وفيها وقع عليه عقد البيع أو بالشركة في حقوق ذلك ، أو بالجوار الاقرب ، وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ما هي مفردة لبعضهم وساحة الدار مرفوعة بينهم ينصرفون من منازلهم فيها ، وباب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها فالشريك في المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الساحة ، ومن الشريك في الزقاق الذي فيه باب الدار ، فإن سلم الشريك في منزله الشفعة فالشريك في الساحة أحق بالشفعة ، وإن سلم الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق الذي لا منفعة له الذي يشرع فيه باب الدار أحق بعد بالشفعة من الجار الملاصق جميع أهل الزقاق الذي طريقهم فيه شركاء في الشفعة من كان في أدناه وأقصاه في

→ الشريك ، فالسبب كان في أول الأمر متحققا ، إلا أنه كان غير مؤثر في الحكم لعدم تحقق الشرط .

فان قيل إن العقد لا يخلو إما أن يكون موجبا للشفعة في حق الشريك والخليط والجار على سبيل التبادل أو على سبيل الإجتماع على الأول فلا ينتقل الإستحقاق من الشريك إلى الخليط بعد تسليمه ، لأن الإيجاب على سبيل التبادل لا يقتضي الإستحقاق إلا لأحد وهو الشريك ، وقد أسقط حقه فلا ينتقل وهو الشريك وقد أسقط حقه فلا ينتقل منه إلى الخليط ، لأن الإسقاط يقتضي الإثبات في حقه لا الانتقال منه إلى حق الغير ، وعلى الثاني يلزم الإستحقاق لكل من الشريك والخليط والجار على السواء . قلنا إن العقد موجب للشفعة على الترتيب بطريق التعاقب الذي يكون بين المعد بالكسر والمعد بالفتح ، فتأمل فيه فإنه دقيق .

ولأن الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء وبعده
الاتصال في الحقوق ، لأنه شركة في مرافق الملك ، والترجيح
يتحقق بقوة السبب ،

ذلك سواء ، فإن سلم الشريك في الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق
بعد هؤلاء احق ، وليس بغير الملاصق من الجيران شفعة مما لا طريق له في الزقاق ،
وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد . قال بشر
ابن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا أن أبا يوسف قال بعض أصحابنا لا شفعة إلا لشريك لم
يقاسم نصيبه ، وقال عامتهم للجار الشفعة ، انتهى .

(ولأن الإتصال بالشركة في البيع أقوى) هذا دليل عقل على الترتيب (لأنه)
أى لأن الإتصال (في كل جزء) من أجزاء المبيع (وبعده) أى بعد الإتصال بالشركة
(في الحقوق لأنه شركة في مرافق الملك) المرافق مواضع الرق من صب الماء ورمي
الكناسة وكسر الحطب وإيقاد النار والإستراحة في الحلاء ونحو ذلك وهو جمع مرفق
بفتح الميم وكسر الفاء . وفي العباب ومرافق الدار مصاب الماء ونحوها .

(والترجيح يتحقق بقوة السبب) لوجود الإتصال بكل جزء من المبيع يحزم من
ملكه ، وقوة السبب يوجب الترجيح كالضرب ، فلما كان ابلغ كان الأهم أكثر . ولأن
ضرر القسمة إن لم يصلح علة لاستحقاق الشفعة ، لأن القسمة أمر مشروع يصح
مرجعاً ، معناه إما يصح مرجعاً لا لكونه علة ، ولا يلزم أن لا يصح للترجيح ، لأن
الترجيح (١) إنما يكون أبداً بزيادة وصف لا يصلح للعلة ، فلماذا كان الشريك في
نفس المبيع هو الشريك الذي لم يقاسم أولى من غيره كالأخ لأب وأم يترجح على الأخ لأب

(١) قوله : لأن الترجيح ... الخ ، أقول هذا جواب سؤال مقدر وهو أن ضرر
القسمة ضرر مشروع فكيف يصلح مرجعاً لتحقيق ضرر المشتري بتملك ماله بغير
رضاه ، فأجاب بأن المرجح دون الملة ، والترجيح إنما يكون بزيادة وصف لا يصلح
للعلة ، وهو هاهنا موجود .

ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحاً . قال وليس
لشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما
ذكرنا أنه مقدم قال فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق ، فإن
سلم أخذها الجار لما بيننا من الترتيب ، والمراد بهذا الجار الملاصق
وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكتة أخرى .

في الميراث بالعصوبة ، وإن كانت العصوبة لا يستحق بالأم ، وكما إذا تنازع المستأجر
مع رب الطاحونة في عدم جريان الماء يرجع بالحال إن كان الماء جار في الحال يكون
القول رب الطاحونة وإن كان منقطعاً يكون للمستأجر .

(وقال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما
ذكرنا أنه مقدم ، قال فإن سلم) أى قال القدوري فإن سلم الخليط في الرقبة وهو
الشريك في نفس المبيع (والشفعة للشريك في الطريق ، فإن سلم) أى الشريك في
الطريق (أخذها الجار لما بيننا من الترتيب ، والمراد ^(١) بهذا الجار الملاصق) وفي بعض
النسخ الملاصق ولا اعتبار للجار المحاذي ، خلافاً لما روي عن شريح . وفي خلاصة
الفتاوى ثبت الشفعة بجوار دار الوقف . وفي الواقعات في باب الشفعة بعلامة الشين
رجل له أرض وهي وقف عليه اشترى رجل أرضاً أخرى يجنبها ليس لصاحب الأرض
الموقوفة عليه شفعة ، لأن الشفعة بحق المالك ولا ملك له (وهو) أى الجار الملاصق
(الذي على ظهر الدار المشفوعة ، وبابه في سكة أخرى) أى في زقاق أخرى . وفي

(١) قوله : والمراد ... الخ ، لأن الجار الملاصق قد تحقق اتصال بقعة أحدهما ببقعة
الأخرى فيستحق الشفعة إلى أنه جار ملاصق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران ،
وكذا إذا كان بعض الجيران شريكاً في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران ، لأن
الشركة في البناء المجرد بدون الأرض لا يستحق بها الشفعة . ولو كان البناء والمكان
الذي عليه البناء مشتركاً بينهما كان هو أولى .

وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره
سلم أو استوفى لأنهم محجوبون به . ووجه الظاهر أن السبب قد
تقرر في حق الكل إلا أن للشريك حق التقدم ، فإذا سلم كان
لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع
قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو
جدار معين منها

الباب السكة الطريقة المصطفة من النخل ، وإنما سميت الأزقة سكة لاصطفاف الدور
فيها وسكة الدراهم هي المنقوشة .

(وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى)
أى الشريك في الرقبة سواء أسلم شفخته أو استوفاهما (لأنهم محجوبون به) أى لأن
الشريك في الطريق وغيره من الشفعاء محجوبون بالشريك في الرقبة والمحجوب لا شيء
له مع وجود الحاجب كما في الميراث ، فإن الأقرب ولو امتنع عن أحد الميراث لا يكون
للأبعد ، وقد ذكرناه عن قريب فأقلا عن شرح مختصر الكرخي .

(ووجه الظاهر أن السبب) أى وجه ظاهر الرواية أن السبب وهو الإتيان (تقرر
في حق الكل) ولهذا قلنا يجب للجار أن يطلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالمبيع حتى
يتمكن من الأخذ إذا سلم الشريك ، حتى لو لم يطلب بعد علمه بالمبيع لا حق له بعد
تسليم الشريك الشفعة ذكره في المبسوط (إلا أن للشريك حق التقدم) أى الشريك في
الرقبة أحق من الجار لما ذكرناه .

(فإذا سلم) أى الشريك في الرقبة (كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض)
أى التي غير معروفة الأسباب فى المرض مع ذي الصحة سواء ، وقد مر فى الإقرار
(والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار) بأن كانت
الدار كبيرة فكان فيها بيوت وفى بيت واحد شركة والشفعة بذلك دون الجار (أو
جدار معين منها) أى من الدار ، صورته أرض بينهما غير مقسومة فبنيها حائطاً فى

وهو مقدم على الجار في المنزل ، وكذا على الجار في بقية الدار في
أصح الروايتين عن أبي يوسف ، لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة

وسطحها ثم اقتسما الباقي فيكون الحائط وما تحته مشتركاً بينهما ، فكان هذا الجار
شريكاً في بعض المبيع ، فيكون مقدماً على الشريك .

أما لو اقتسما الأرض قبل بناء الحائط وخط خطأ في وسطها ثم أعطى كل واحد
شيئاً حتى بنيا حائطاً فكل واحد جار في الأرض شريكاً في البناء لا غير ، والشركة
في البناء لا غير لا يوجب الشفعة ^(١) ، كذا في الذخيرة .

(وهو مقدم) أي الشريك في المبيع مقدم (على الجار في المنزل) وكذا على الجار
في بقية الدار (في أصح الروايتين عن أبي يوسف) أي وكذا للشريك في الجدار مع
أرضه مقدم على الجار في بقية الدار . وفي المتن ذكر القدوري أن الشريك في الأرض
التي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع عند محمد وأحد الروايتين عن أبي يوسف
فيكون مقدماً على الجار في كل المبيع . وفي رواية عن أبي يوسف يستحق الشفعة في الحائط
بحكم الشركة ، وفي الباقي بحكم الجوار فيكون ذلك من جار آخر بينهما .

وقال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف في دار بين رجلين ورجل فيها طريق فباع
أحدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار أحق بالشفعة في ذلك ، فالشفعة لصاحب
الطريق . قال وكذلك دار بين اثنين لأحدهما حائط بينه وبين رجل يعني بأرضه فباع
الذي له منزل في الحائط نصيبه من الدار والحائط ، قال والشريك في الدار أحق
بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في الحائط وأرضه ، وكذلك دار بين رجلين لأحدهما
بئر في الدار بينه وبين رجل آخر فباع له الشريك في البئر نصيبه من الدار والبئر
فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في البئر في الدار وله شفعة
في البئر ، لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة لأن المنزل من حقوق الدار ومراقفه ، ولهذا
يدخل في بيع الدار متى ذكر كل حق هو لها .

(١) قوله : كذا في الذخيرة ، وبه تبين أن المراد بالشركة في الجدران يكون
شركة في أرضه أيضاً ، لأن الشركة في البناء لا توجب الشفعة .

ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصاً حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه ، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذاً ، والشرب الخاص أن يكون نهراً لا تجري فيه السفن ، وما تجري فيه فهو عام ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد «رح» . وعن أبي يوسف

وإذا كان المنزل من توابع الدار كانت الشركة في المنزل تبعاً للدار وتبع الشيء بمنزلة وصفه وما يصلح صفة لا علة يصلح مرجحاً لها كعدالة الشاهد . وأراد بقوله والبقعة واحدة أن الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع لا حق لثالث فيه ، وذلك في حكم شيء واحد . فإذا صار أحق بالبعض يكون أحق بالجميع .

(ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصاً حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه ، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذاً ، والشرب الخاص أن يكون نهراً لا تجري فيه السفن) قال عبد الواحد أراد للسفن الصغيرة مثل الزورق ، حتى لو كان نهراً كبيراً يجري فيه الزورق فالجار أحق ، لأن هؤلاء ليس شركاء في الشرب ، وذكره في المبسوط . وفي الذخيرة النهر الكبير من يشرب منه لا يحصون . واختلفوا في حد ما لا يحصى وما يحصى ، قيل ما لا يحصى خمسمائة ، وقيل أربعون ، وقيل مائة ، وقيل أصح ما قيل أنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه إن رآهم كان كبيراً وإلا كان صغيراً (وما يجري فيه عام) أي والذي يجري فيه السفن (فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد) . (وعن أبي يوسف الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراحان ^(١) أو ثلاثة) أي أو

(١) قوله : قراحان ... الخ ، القراح من الأرض قطعة على حياها ليس فيها شجر ولا بناء . وفي الذخيرة وعامة المشايخ على أن الشركاء في النهر إذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وإلا فهو صغير ، لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما لا يحصى وما يحصى . بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة ، وبعضهم بمائة ، وبعضهم بأربعين ، وبعض مشايخنا قالوا صح ما قيل فيه إنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه إن رآهم كثيراً كانوا كثيراً ، وإن رآهم قليلاً كانوا قليلاً .

أن الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراخان أو ثلاثة وما زاد على
ذلك فهو عام ، فإن كانت سكة غير نافذة

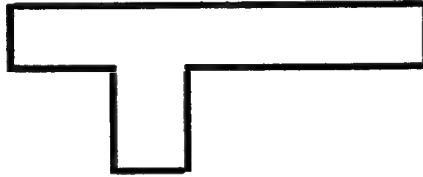
يسقى منه ثلاثة أوجه ، والقراح في الأرض كل قطعة ليس فيها شجر ولا بناء . وقال
الأمرأزي القراح الأرض البارزة التي لم يختلط بها شيء ، والماء القراح الذي لا يختلطه
شيء ، كذا في تهذيب الديوان ، انتهى . قلت قد فرق بينهما بالضم في الأول والفتح في
الثاني . وفي باب العباب القراح المزرعة التي ليس فيها بناء ولا عليها شجر .

وقال الكرخي في مختصره وقال هشام عن أبي يوسف في الساقية الصغيرة تسقي
البستانين أو الثلاثة أو تسقي قطعتين أو ثلاثة أو نحو ذلك فصاحب الأرض والبستان
له الشرب في الساقية أحق مما بيع من الجار الذي له شرب في الساقية . فان ترك صاحب
أحق مما بيع من الجار الذي له شرب في الساقية ، فان ترك صاحب الساقية شعبة فللجار
أن يطلب الشعبة . وقال أبو يوسف ليس في الأرض التي شربها من العظم شعبة إذا لم يحمل
أبو يوسف العظم مثل الساقية بين القوم . ثم قال الكرخي فيه وقال هشام سألت محمد بن
النهر الذي يجري فيه السفن أليكون للذي لهم النهر الشعبة فيما بيع من ذلك النهر ، قال
نعم ، قال محمد ولكن ليس لهم الشعبة بهذا النهر في الأرضين التي شربها من هذا النهر ،
هذا بمنزلة الطريق النافذ قال وأما ما لا يجري فيه السفن فانه بمنزلة الطريق غير النافذ
فهم شفعاء بالأنهار في الأرضين التي شربها في النهر ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ،
انتهى لفظه .

وقال القدوري في شرحه أجرى محمد الحكم على جريان السفن ، لأن ما تجري فيه
السفن في حكم العظم فهو كاللجة والفرات ، وما لا يجري فيه السفن في حكم الصغير
فهو كالزقاق الذي لا ينفذ . وقال الإمام الأسبجاني وفي شرح الطحاوي لو أن نهراً
يسقى منه أراضي معدودة وكروم معدودة فيبعت أرض من ذلك أو كرم منها فهم
شفعاء فيها ، لأنهم كلهم خلطوا فيها ، وكان النهر عاماً كأن الشعبة للجار الملاصق .
(وما زاد على ذلك) أي على قراخين أو ثلاثة أفرحة (فهو عام) إذا كان عاماً
لا يكون مستحقاً للشعبة فيه بالشركة (فان كانت سكة) أي زقاق (غير نافذة)

ينشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى
فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا وإن بيعت في العليا فلأهل
السكتين ، والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي . ولو كان نهر
صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق

بالرفع لأنها صفة السكة وليست بخبر لكانت ، لأن كانت هنا تامة فلا تحتاج إلى خبر ،
لأن المعنى فإن وجدت سكة غير نافذة ، وإنما ذكرها بالغاء تقريباً على مسألة القدوري
(ينشعب منها سكة عليها أخرى غير نافذة وهي مستطيلة) أى والحال أنها مستطيلة
هذه صورتها :



(فبيعت دار في السفلى) أى في المنشعبة (فلأهلها) أى لأهل المنشعبة (الشفعة دون
أهل الأعلى) ، وفي أكثر النسخ وقدر أهل العليا وهو الأصح لأنه لا شركة لهم فيها ولا
حق المرور ، ولهذا ليس لهم أن يفتحوا باباً منها سفلي فكانت كالمملوكة لأهلها .
بخلاف الواحدة إذا بيعت داراً في أقصاها كانت الشفعة بين أهل السكة وإن لم يكن
لأهل الأعلى حق المرور في حق الأقصى ، لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق واحد
فيها فللكل فيها شركة من الأول إلى الآخر ، إلا أن الشركة لأهل السفلى أكثر ،
والترجيح لا يقنع بالكثرة على ما عرف .

(وإن بيعت في العليا فلأهل السكتين) أى وإن بيعت دار في السكة العليا فالشفعة
لأهل السكتين جميعاً ، لأن لأهل السفلى لهم حق المرور فيها (والمعنى ما ذكر في
كتاب أدب القاضي) وهو أن حق المرور لأهل السفلى خاصة في الصورة الأولى ، وفي
الثانية لأهل السكتين جميعاً ، فكانوا سواء في الشفعة .

(ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق) يعني لو بيع

فما بيناه . قال ولا يكون الرجل بالجدوع على الحائط شفيح
شركة ، ولكنه شفيح جوار لأن العلة هي الشركة في العقار ،
وبوضع الجدوع لا يصير شريكاً في الدار لأنه جار ملازق
قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار

أرض متصلة بالنهر الأصفر فالشعبة لأهل لا لأهل الصغير كما ذكرنا الحكم في السكة
المنشعبة مع السكة المستطيلة . قال القدوري في شرح الكرخي إذا نزع منه نهر فبيعت
أرض شربها من النهر النازع فأهل النهر النازع أحق بالشعبة من أهل النهر الكبير ،
لأنهم يختصون بشرب النهر النازع ، فأهل النهر النازع أحق بالشعبة من أهل النهر
الكبير . فان بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر النازع سواء في الشعبة ،
لأنهم سواء في استحقاق الشرب بالشركة في عمود النهر (فيما بينا) أى من استحقاق
في الشعبة .

(قال ولا يكون الرجل بالجدوع على الحائط شفيح شركة ، ولكن شفيح جوار)
أى قال المصنف قال الكرخي في مختصره قال هشام سألت محمداً عن حائط بين دارين
عليه خشب لصاحب هذه الدار ولصاحب الدار الأخرى فبيعت أحد الدارين فجاء
صاحب الحائط يدعي الشعبة ، وجار الجار يدعيها ولا يعلم أن الحائط بينهما لك
بالخشب الذي قال محمد إسأل المدعي الشعبة البينة أن الحائط بينهما . وإن أقام بينة فهو
أحق من الجار لأنه شريك وإن لم يقم بينة لم أجعله شريكاً ، انتهى . وذلك لأن
استحقاق الحائط بالخشب ظاهر في الملك والشعبة لا تستحق بالظاهر .

(لأن العلة هي الشركة في العقار) أى لأن علة استحقاق الشعبة هي الإشتراك في
العقار (وبوضع الجدوع لا يصير شريكاً في الدار لأنه جار ملازق) أي موضع
الجدوع على الحائط لا يصير شريكاً في الدار وهو ظاهر ، ولكنه يكون جاراً
ملاصقاً يستحق الشعبة بعد الشريك في الرقبة .

(قال والشريك في الخشبة يكون على حائط الدار جار) والشريك مبتدأ وجار

لما بينا . قال وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ،
ولا يعتبر اختلاف الأملاك . وقال الشافعي « رح » هي على
مقادير الأنصباء

خبره ، وقوله يكون على حائط الدار صفة للخشبة ، أي قال في بيع الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة أنه قال الشريك في الطريق أحق بالشفعة
من الجار ، فأما الشريك بالخشب يكون له على حائط الرجل ، فإنما هو جاره ،
انتهى . وذلك لأنه لا يكون بموضع الخشب شريكاً في شيء من الدار ، وإنما له حق
الشغل فكان جاراً ملازماً ، فكان مؤخراً عن الشريك . وقال الكاكي وتأويله إذا
كان وضع الخشبة على الحائط من غير أن يملك شيئاً من رقبة الحائط لأنه إذا كان هكذا
يكون جاراً لا شريكاً (لما بينا) أشار به إلى قوله لأن اللمعة هي الشركة في العقار .
(وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة ^(١) بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك)
أي قال القدوري (وقال الشافعي هي) أي الشفعة (على مقادير الأنصباء) وهو قول
منه . وفي شرح الوجيز وهو الأصح وبه قال مالك وأحمد في المشهور عنه . وقال

(١) قوله : أي يجب الشفعة للخليط ويقسم على عدد الرؤوس إذا كانوا أكثر من
واحد لا بقدر الملك ، لأنهم استووا في سبب الاستحقاق لوجود علته استحقاق الكل
في حق كل واحد منهم . ولهذا لو تفرد واحداً أخذ الكل الإستواء في الحكم ولا
يرجح بكثرة الملل بل لقوة فيها . وقال الشافعي « رح » يجب بقدر الملك حق لو كانت
دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللثالث سدسها فباع صاحب النصف نصيبه
فالشريكان لو أخذاه بالشفعة يقتسمانه أثلاثاً ثلث لصاحب السدس والثلثان لصاحب
الثلث . ولو باع صاحب الثلث يقتسمه الشريكان الباقيان أرباعاً ربع لصاحب السدس
وثلاثة الأرباع لصاحب النصف . ولو باع صاحب السدس سدسه اقتسمه الشريكان
الباقيان أخماساً ، خمسة لصاحب الثلث وثلاثة أخماس لصاحب النصف عنده ، وعندما
يقتسمان في الكل نصفين ، كذا في الولوالجية أخذاً من البيانية .

لأن الشفعة من مرافق الملك ، ألا يرى أنها لتكميل المنفعة فأشبهه الربح والغلة والولد والولد والثمرة .

الشافعي في قول واحد في رواية الشفعة على عدد الرؤوس كقولنا ، واختاره المزني وابن عقيل من اصحاب أحمد ، وهو قول الشمي والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة ، صورتها دار بين الثلاثة لأحدم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى القاضي بها بينهما نصفين عندنا ، وعند الشافعي قضى بها ثلاثاً ، ثلثها لصاحب الثلث ، وثلثها لصاحب السدس على مقادير أنصبتها . ولو أن داراً بيعت ولها شفيعان جاران جوار أحدهما الثلاثة أرباع الدار وجوار الآخر لربهما وجوار أحدهما في قدر شبر من الدار وطلبا جميعاً الشفعة يقضي بينهما نصفين ، وعند الشافعي لا تجب الشفعة للجار . ولو حضر واحد من الشفعاء أولاً وأثبت شفعته فإن القاضي يقضي له جميع الدار بالشفعة ، ثم إذا حضر شفيع آخر وأثبت شفعته فإنه ينظر إن كان الثاني شفيعاً مثل الاول قضى له بنصف الدار ، فإن كان الثاني أولى من الاول بأن كان الاول جار وهذا خليط فإن القاضي يبطل شفعة الاول ويقضي بجميع الثاني . وإن كان الثاني دون الاول في الشفعة فإن القاضي لا يقضي للثاني بالشفعة ، وكذلك حكم الشراء . ولو أن رجلاً اشترى داراً وهو شفيعها ثم جاء شفيع مثله قضى القاضي له بنصفها ، وإن جاء شفيع آخر أول منه فإن القاضي يقضي له بجميع الدار فإن كان شفيع دونه فلا شفعة له ، الكل لفظ شرح الطحاوي .

(لأن الشفعة من مرافق الملك) أي فوائده ، لأنه يستفاد به فيكون على قدر الملك (ألا يرى أنها لتكميل المنفعة) أي لأن الشفعة لتكميل منفعة الملك (فأشبهه الربح) يعني أن الشريكين إذا اشترى شيئاً ولم يشترطاً شيئاً ، وقال أحدهما خمسة ، وقال الآخر عشرة فعصل الربح كان الربح بينهما أثلاثاً الثلث لصاحب الخمسة والثلثان لصاحب العشرة لأن الربح فرع المال وماله كذلك (والغلة) أي وأشبه غلة العقار المشترك بين اثنين أثلاثاً يكون أثلاثاً (والولد والثمرة) أي وأشبه الولد من الجارية المشتركة أو البيعة المشتركة يكون فيه الملك لكل واحد بقدر الملك في الأم . وكذلك ثمرة النخل المشترك .

ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في
الاستحقاق، ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة،
وهذا آية كمال السبب، وكثرة الاتصال

ويشكل على هذا ثلاث مسائل، إحداها . كما لو أعتق اثنان نصيبهما في عبد مشترك
بين ثلاثة على التفاوت فالمعتقان إذا كانا موسرين يقومان مقام الثالث بالسوية .

والثانية : لو مات مالك الدار عن اثنين ثم مات أحدهما وله اثنان ثم باع أحد الاثنين
نصيبه فالأخ والعم في الشفعة سواء مع تفاوت حصصهما .

والثالث : إذا مات الشفيع قبل أن يأخذ ورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذه
أبوه على العدد ، وامراته وابنه في ذلك سواء . وبهذه المسائل رجح المزي القول
الثاني وهو قولنا .

فأجابوا عن مسألة العتق بأنه على القولين ، وسلم أنه قول أحد فالفرق أن ذلك ضمان
إتلاف لا فائدة ملك ، حق يتقدر بقدره وفيه ضعف . وعن الثانية أن للشافعي : رح ،
قولين في القديم وبه قال مالك الأخ يختص بالشفعة لأن ملكه أقرب إلى ملك الأخ ، وفي
الجد وهو قول أبي حنيفة وأحمد والمزي أن العم والأخ يشتركان نظراً إلى الملك لا إلى
سبب الملك . وعن الثالثة أن فيها قولين وعلى قول الاستواء أن أصل الاستحقاق باعتبار
الإرث ، وفي هذا لا يختلف ، كذا في شرح الوجيز ، وفي الكل ضعف كما ترى

(ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق) أراد
أن الوجود من يسبب في حق كل واحد منهم مثل الوجود في حق الآخر في اقتضاء
الاستحقاق، ألا ترى أن صاحب الكبير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل
كما لصاحب الكبير لو باع صاحب القليل ، وهذه آية كمال السبب ، فلم أن علة الاستحقاق
أصل الملك لا قدره .

(ألا يرى أنه) توضيح لما قبله أن الشأن (لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة ،
وهذا آية كمال السبب) أي علامة كمال السبب في حق كل واحد منهم (وكثرة الاتصال

تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرتة ولا قوة ها هنا لظهور الأخرى بمقابلة

تؤذن بكثرة العلة (هذا جواب عما يقال الإتصال سبب الإستحقاق ، وصاحب الكثير أكثر اتصالاً فأنى يتساويان . أجب بقله وكثرة الإتصال يؤذن أي يعلم بكثرة العلة ، لأن الإتصال يؤذن أي يعلم بكثرة العلة ، لأن الإتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع (والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرتة) أي بكثرة الدليل كما في الشاهدين وعشرة شهود ، وجراحة واحدة وعشر جراحات ، ولهذا تنتصف الدية بين من جرح جراحة واحدة وبين من جرح أكثر (ولا قوة هنا لظهور الأخرى بمقابلة) أي لم تظهر الأخرى بمقابلته ، أي لم يظهر الترجيح في مسألتنا ، إذ لو ظهر لكان المرجوح مدفوعاً بالراجح وها هنا لا يبطل حق صاحب القليل ، فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه وهو معنى قوله الظهور الأخرى بمقابلة تحريره أن صاحب القليل لو كان مرجوحاً في مقابلة حق صاحب الكثير لكان لا يظهر حق صاحب القليل في مقابلة حق صاحب الكثير ، لأن المرجوح مدفوع بالراجح وبه ظهر علم عدم الرجحان .

فإن قال الشافعي لا يلزمي ذلك الجواز أن تكون العلة الواحدة مبنية لكمال الحكم ، ولكن عند الإنضمام مع الأخرى يثبت استحقاق أحدهما أكثر مما يثبت عند الانفراد كما في الرجالة في الغنيمة إذا انفردوا يستحقون كل الغنيمة ، وكذا الفرسان إذا انفردوا يستحقون الكل أيضاً ، وعند الإجتماع يقسم على التفاوت . وكذا لو مات وترك بنتاً وأختاً فلبنت النصف والباقي للأخت أو للأخ بحق العصوية ، أما لو ترك بنتاً وأختاً كان النصف بينهما أثلاثاً ، فكذا ما هنا . وكذا لو كان الحائض المائل مشتركاً بين اثنتين أثلاثاً وأشهد عليهما ثم سقط وأصاب مالا أو نفساً فالضمان بينهما أثلاثاً بقدر الملك ، فيجب أن يكون في الشفعة كذلك .

قلنا تفضيل الفارس بينته شرعاً ، بخلاف القياس مع أن الفرس بانفراده لا يصلح علة الإستحقاق فيصلح مرجعاً . أما في مسألتنا ملك كل جزء علة قامة للاستحقاق فلا تصلح مرجعاً .

وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه ، بخلاف الثمرة
وأشباهاها . ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقيين في الكل على عددهم ،

وأما مسألة الميراث فليست نظيرها ، لأن نصيبه الأخ وللأخت عند الإنضمام باعتبار
أن الشرع جعل عصوبة الأنثى بالذكر علة الاستحقاق نصف ما للذكر ولتفاوتهما في نفس
العلة ، لأن العلة مرجعة بعلة أخرى إذ العصوبة بالأخ غير العصوبة بالبنت ، فإذا جاءت
للعصوبة بالأخ زالت العصوبة بالبنت ، والعصوبة بالأخ متفاوتة شرعاً ، فلم يكن من قبل
ترجيح العلة بالعلة .

وأما مسألة الحائط فقلنا إن مات يخرج الحائط فالضمان عليهما نصفان لاستوائهما في
العلة ، وإن مات ينقل الحائط . قلنا فالضمان عليهما أثلاثاً ، لأن التساوي في العلة لم
يوجد إذ نقل نصيب صاحب القليل لا يكون كتنقل نصيب صاحب الكثير ، فكان هذا
راجعاً إلى ما يتولد من الملك كالولد والثمره والشفعة ليست من ثمرات الملك .

(وتملك ملك غيره) هذا جواب عما قاله الشافعي أن الشفعة من مرافق الملك ، تقريره
أن يقال أن التمكن من التملك (لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه) كلاب ، فإن له التمكن من
تملك جارية ابنه ولا بعد ذلك من ثمرات ملكه (بخلاف الثمرة وأشباهاها) وأنها من ثمرات
الملك ، لأنها تحصل بلا اختيار ، بخلاف الشفعة فلإنها باختياره .

(ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقيين في الكل على عددهم) ذكر هذا تقريراً على مسألة
القدوري «رح» هذا عندنا ، وعند الثلاثة على قدر ملكهم . ولو أراد أن يأخذ حصته
دون حصة العاني ليس له ذلك بالإجماع ، لأن في ذلك تفريق الصفقة والإضرار بالمشتري
في تمييز الملك عليه ، وهذا الذي ذكرنا قبل القضاء حتى لو قضى القاضي بالشفعة لأحدهما
ثم سلم أحدهما نصيبه لم يميز للآخر أن يأخذ الجميع ، لأنه لما قضى بالدار بينهما بالشفعة
صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه فبطل حق شفخته
فيما قضى لصاحبه ضرورة ، وهكذا إذا قضى للخليط ثم سلم الشفعة لم يكن للشريك في
المرافق أن يأخذ بالشفعة لبطلان حقه الضميف بالقضاء . وكذا لو قضى للشريك في
المرافق ثم سلم لم يكن للجبار أن يأخذ لما ذكرنا ، ذكره في المبسوط .

لأن الانتفاض للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد
انقطعت . ولو كان البعض غيباً يقضى بها بين الحضور على عددهم ،
لأن الغائب لعله لا يطلب وإن قضى الحاضر بالجميع ثم حضر آخر
يقضى له بالنصف ، ولو حضر ثالث فيثالث ما في يد كل واحد تحقيقاً
للتسوية ، فلو سلم الحاضر بعدما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا

(لان الانتفاض للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت) أي المزاحمة
بالتسليم فبقي حقه في الجميع كالفرماة إذا تخاصموا من التركة فأسقط بعضهم حقه سلمت
التركة للمباينين ، وهذا كالتأثر لاثنين إذا عفى ولي أحدهما فلآخر القصاص ، لان حقه
ثبت في الجميع ، فإذا أبرأ الآخر فكأنه لم يكن وليس هذا كالعبد إذا قتل اثنين خطأ
فمضى ولي الآخر ببقية حقه في نصف العبد ، ويقال للمولى إما أن يدفع إليه نصف العبد أو
الفدية ، لان جناية الخطأ مال ، فإذا تعلق الجنائتان بالرقبة تضايقت فيها فثبت لكل
واحد منهما النصف ، فإذا سلم الآخر المال بعد حق الباقي وليس كذلك الشفعة لانها حق
ليس بمال فهي بدم العبد أشبه .

(ولو كان البعض غيباً) بفتح الغين والياء جمع غائب . وفي العباب وجمع الغائب غيب
وغياب بضم الغين وتشديد الباء ، وغيب بالتحريك . وإنما تثبت فيه البائع للتحريك لانه
أشبه بصيد وإن كان جمعاً ، وصيد مصدر قولك بعيراً صيد لانه يجوز أن يسوى به
المصدر (يقضى بها) أي بالشفعة (بين الحضور) أي بين الحاضرين وهو جمع حاضر
كالركوع جمع راكم (على عددهم ، لان الغائب لعله لا يطلب) يعني قد يطلب وقد لا
يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك .

(فإن قضى الحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف) بأن كان للدار شفيهان
فحضر أحدهما حكم له بجميعهما ، فإن حضر الشفيح الآخر أخذ منه نصف الدار (وإن
جاء ثالث) أي شفيح ثالث (فيثالث ما في يد كل واحد من الاثنين تحقيقاً للتسوية) لأن
الدار بينهما أثلاث على عددهم (فلو سلم الحاضر بعدما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا

النصف ، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن
النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع ، ومعناه
بعده لا أنه هو السبب ، لأن سببها الاتصال

النصف ، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف (لأن الغائب
صار مقضياً عليه في النصف ، فلو أخذ الكل يصير مقضياً له في ذلك النصف (بخلاف
ما قبل القضاء) حيث يأخذ الكل بعدما حضر لانه لم يصير مقضياً عليه .

فإن قلت القاضي لما قضى بالشفعة للحاضر ثبت له الملك من المشتري ، فإذا سلم
يكون بمنزلة الإقالة وفيها الشفعة فيأخذ الغائب النصف بالبيع الاول والنصف الآخر
بهذا التسليم . قلت البيع الذي جرى بين البائع والمشتري لم يفسخ أصلاً وإنما الفسخ في
حق الإضافة إلى المشتري ، فإذا سلم عاد إلى المشتري القديم ملك الارتفاع المانع ، فكانت
القضية واحدة والغائب صار مقضياً عليه في هذه القضية فلا يصير مقضياً
له بعد ذلك فيها .

وفي المبسوط والذخيرة شفيهان أحدهما حاضر والآخر غائب وقضى الحاضر بكل
الدار فللغائب أن يأخذ نصفه . ولو جعل بعض الشفاء نصيبه للآخر لم يصح الجعل
وسقط حقه وقسمه على عدد من بقي . وإن قال الذي قضى له بالشفعة للآخر أن أسلم لك
الكل فأما أن يأخذ الكل أو يدع ، فليس له ذلك ، ولثاني أن يأخذ النصف . ولو كان
الحاضر لم يأخذها بالشفعة ولكن اشتراها من المشتري فعرض الغائب إن شاء أخذها كلها
بالبيع الاول أو بالبيع الثاني ، لأن الحاضر أسقط حقه بالإقدام على الشراء وخرج من
الدين ، ولو كان المشتري الاول شفيحاً أيضاً فاشترها شفيح حاضر أيضاً معه فعرض
الغائب إن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الاول ، وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثاني والله
سبحانه وتعالى أعلم .

(قال والشفعة تجب بعقد البيع) أي قال القدوري (ومعناه بعد ، لأنه هو السبب ،
لأن سببها الاتصال) أي معنى قول القدوري يجب بعقد البيع بعد أي بعد البيع ، لأن
البيع هو السبب للشفعة ، لأن سبب الشفعة إتصال الاملاك . وقال السفناقي هذا التأويل

على ما بيناه ، والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ، ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه .

والتعليل مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني وغيرها لما انه صرح بأن سبب وجوبها البيع والشراء وفساد تأويل الكتاب ظاهر ، لما أن سبب ثبوتها لو كان الاتصال ينتفي . أما لو سلم الشفعة وفسد قبل البيع يبطل شفعتها ولم يبطل بالإجماع . وأجيب بأن هذا لا يلزم على المصنف ، لانه قال يثبت بعد فيكون البيع شرطاً والشرط يمنع السبب عندنا عن الاتصال بالحل ، فتسليم الشفعة قبل العقد ككفارة اليمين قبل الحنث فلا يجوز لأن العقد شرط .

ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحلول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل . والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه ، وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد (على ما بيناه) يعني قولهم ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال . (والوجه فيه) أي في هذا التأويل (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أي يعرف رغبة البائع عنه . والحاصل أن الاتصال بالملك سبب ، والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه ، بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذها وإن كذبه المشتري وهو معنى قوله (ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه) .

قال القدوري في شرح مختصر الكرخي الشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد فجحد زيد ذلك ، وحيث الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري ، ثم قال وهذا المعنى هو سبب الشفعة ، انتهى .

فإن قلت ينتقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت

قال وتستقر بالإشهاد ولا بد من طلب الموائبة لأنه حق ضعيف يبطل
بالإعراض ، فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه
دون إعراضه عنه ،

وليس للشفيع شفعة . قلت في ذلك يرد دليل خيار البائع ، بخلاف الإقرار فإنه يجبر به
عن انقطاع ملكة عنه بالكلية لقبوله به كإزاعه ، والهبة لا تدل على ذلك ، لأن عرض
الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع عنه فلا ينقطع حقه بالكلية .

(قال وتستقر بالإشهاد) أي قال القدوري أن الشفعة تستقر بالإشهاد (ولا بد من
طلب الموائبة) وهو طلب الشفعة على السرعة ، وإنما أضاف الطلب إلى الموائبة لتلبسها
بها (لأنه حق ضعيف) أي لأن الشفعة ، ذكر الضمير بالنظر إلى تذكير الخبر (يبطل
بالإعراض) قال رحمته الشفعة كحل العقال أي قيدها ثبت وهو كتابة عن سرعة السقوط ،
فكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على الإعراض عنه أو دام عليه ، والإشهاد والطلب
يدلان على ذلك ، فإذا كان كذلك (فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه
دون إعراضه عنه) أي الطلب ، قال في شرح الطحاوي الطلب طلبان طلب موائبة
وطلب استحقاق . أما طلب الموائبة فعند سماع البيع من غير سكوت ، ويشهد على
طلبه شهوداً ثم لا يمكث حتى يذهب إلى المشتري أو إلى البائع إن كانت الدار في يده أو
إلى الدار المبيعة .

وإن كانت الدار في يد المشتري إن شاء أشهد على المشتري بطلب الشفعة ، وإن شاء
شهد عند الدار . ولو طلب من البائع بطلت شفعته ويطلب عند واحد من هؤلاء طلباً آخر
وهو طلب الاستحقاق ويشهد عليه شهوداً ، فإذا ثبت للشفيع شفعة بطلبين وأبى المشتري
أن يسلمها إليه فهو على شفعته بعد ذلك بترك للطلب في ظاهر الرواية . وروي عن محمد
ابن الحسن أنه قال إذا مضى شهر لم يطلب مرة أخرى بطلت شفعته وهو أحد الروايتين
عن أبي يوسف . وروي عنه في رواية أخرى له أن يطالب في كل مجلس من مجالس القاضي
فإن ترك مجلساً من مجالس القاضي بطلت شفعته .

ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد .
قال وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم ، لأن الملك
للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي
كما في الرجوع في الهبة ، وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد
الطلبين أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار
المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم الخاصم لا تورث عنه في الصورة

(ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد) هذا دليل ثان على
وجوب الإشهاد وهو ظاهر .

(قال وتملك بالأخذ) أي قال القُدوري أي تملك الشفعة بأخذ الدار المشفوعة (إذا
سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم ، لأن الملك للمشتري قد تم) التحقق سبب الملك وهو
الشرط القاطع (فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي) لأن تملك ملك الغير
لا يجوز بدون رضاه ، إلا أن الشرع جعل للشفيع حق التملك والمقاضاة ، ولأنه عامة
فاذا قضى بالشفعة وأخذ الشفيع ملكها ولا يملك الشفيع الدار الأبعد قبل تسليم
المشتري إليه أو قضاء القاضي ، حتى أن المبيع لو كان كرمًا فأكل المشتري ثمران سنين
فانه لا يجوز مضمونا عليه ولا يطرح عن الشفيع شيء من الثمن لما أكل من ثماره إذا كانت
الثمار حرثت بعدما قبض المشتري الكرم ، وكذا في شرح الطحاوي (كما في الرجوع في
الهبة) أي كما لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالتراضي وقضاء القاضي ، لأن الموهوب
دخل في ملك الموهوب له فلا يخرج إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي لما ذكرنا آنفاً .

(وتظهر فائدة هذا) أي فائدة قوله ويملك بالأخذ (فيما إذا مات الشفيع بعد
الطلبين) أي طلب الموائبة وطلب التقرير ، ويسمى طلب التقرير طلب الإشهاد أيضاً
(أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو
تسليم الخاصم) المشتري ، وهذا يرجع إلى الصور الثلاث ، وهي صورة الموت
والتبعية والشفيعين (لا تورث عنه في الصورة الأولى) وهي ما إذا مات الشفيع بعد
الطلبين قبل الأخذ .

الأولى ، وتبطل شفעתه في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له . ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما نبيته إن شاء الله تعالى والله سبحانه أعلم بالصواب .

(وتبطل شفעתه في الثانية ولا يستحقها في الثالثة) أي في الصورة الثانية وهي ما إذا باع داره المستحق بها الشفعة قبل أخذ الدار المشفوعة ، لأن سبب الشفعة إتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة بتسليم الخصم ، وهو المشتري أو بقضاء القاضي (لانعدام الملك له) يعني لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها .

(ثم قوله تجب بعقد البيع) يعني قول القدوري (بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال) قال في شرح الطحاوي والشفعة فيما إذا ملكت بعوض هو عين مال ، فأما إذا ملكت بعوض كالحبة والصدقة والوصية والميراث فلا شفعة فيها ، وكذا لو ملك بعوض أي بغير مال ، كما إذا جمعه مهرأ في النكاح أو بدل في الخلع أو صولح من دم عمد فلا شفعة فيه . ولو تزوجها على غير مهر مسمى ثم باع دارأ من امرأته بذلك المهر أو تزوجها على غير مهر مسمى ثم باع داره بمهر المثل وجبت فيه الشفعة .

ولو تزوجها على الدار تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهرأ فلا شفعة فيها . ولو صالح على الدار من الجنابة التي يوجب الإرض بعد القصاص تجب فيها الشفعة بالإرض . ولو جعلها أجرة في الإجازات لا شفعة فيها ، لأن بدلها ليس بعين مال (على ما نبيته إن شاء الله تعالى) أي في باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب .

* * *

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة .
إعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كما علم ،
حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفيعته بطلت الشفعة لما ذكرنا ،

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

أى هذا باب في بيان طلب الشفعة والخصومة في الشفعة ، ولما لم يثبت الشفعة بدون
الطلب والخصومة فيها شرع في بيانه وكيفيته .

(قال إذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أى قال القدرى
وأراد بالمطالبة طلب الموائبة والاشهاد فيه في المجلس ليس بشرط ، والشرط هو نفس
الطلب ، وإنما يشهد فيه لأنه لا يصدق على الطلب إلا بنيته ، فإن لم يكن يحضره من يشهده
قال أنا مطالب بالشفعة ثم ينهض إلى من يشهد ، وإنما يفعل ذلك حتى لا يسقط حق
الشفعة فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى .

(إعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة) أى أحدها طلب الموائبة (وهو أن
يطلبها كما علم) أى على الفور ، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن فى كتاب الأجناس نقل
عن كتاب الشفعة لموسى بن نصر صاحب محمد بن الحسن محتاج الشفيع أن يطلبها ساعة
بلغة البيع ويتكلم بلسانه بالطلب حضره المشهود أو لم يحضره . وقال الحسن بن زياد من
قول نفسه ليس عليه أن يكلم بالطلب إذا لم يكن بحضرته أحد . وفي شرح الأقطع
يطلبها كما علم وإن لم يكن عنده أحد لثلا يسقط حقه ديانة . وفي المبسوط لكي يتمكن
من الحلف إذا حلفه المشتري (حتى لو بلغه البيع ولم يطلب شفيعته بطلت شفيعته لما
ذكرنا) أشار به إلى قوله لأنه حتى ضعيف يبطل بالأعراض .

ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها . ولو أخبر بكتاب
والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت
شفعته ، وعلى هذا عامة المشايخ ،

(ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها) هذا ليس بحديث ، وإنما أخرجه عبد الرزاق في
مصنفه من قول شريح رضي الله عنه ، وكذا ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب
غريب الحديث في باب كلام البائعين . ولو ذكر عوض هذا ما رواه ابن ماجة عن محمد بن
الحارث عن محمد بن عبد الرحمن بن البيهقي عن أبيه عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي
عليه السلام قال الشفعة كحل العقال . لكان أحسن وأصوب ورواه البزار في مسنده ومن
طريق البزار رواه ابن حزم في المحلى وزاد فيه ومن مثل بعبده فهو حر وهو مولى الله
ورسوله والناس على شروطهم ما وافق الحق .

ورواه ابن عدي بلفظ ابن ماجة وضعف محمد بن الحارث عن البخاري والنسائي وابن
معين . وقال ابن القطان واعلم أن محمداً بن الحارث هذا ضعيف جداً وهو أسوأ حالاً من
ابن البيهقي وأبيه قال فيه العللاء متروك الحديث . وقال ابن معين ليس بشيء ولم أر
فيه أحسن من قول البزار فيه رجل مشهور ليس به بأس ، وإنما أعلاه بمحمد بن عبد الرحمن
ابن البيهقي (١) . قوله لمن واثبها أى طلبها على وجه السرعة والمبادرة وهو من الوثوب
على الاستعارة ، لأن من وثب يسرع في طي الأرض بمشيئه .

(ولو أخبر بكتاب) أى ولو أخبر الشفيع بكتاب أن الدار التي لك فيها شفعة قد
بيعت (والشفعة في أوله أو وسطه) أى وذكر الشفعة في أول الكتاب أو في وسطه
(فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته) لأنه دليل الاعراض (وعلى هذا عامة المشايخ)
أى على أن طلب الشفعة على الفور عامة المشايخ وقال الكرخي وقال ابن رستم عن محمد
إذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضى وهو ترك الشفعة . قال القدوري وهذا يدل

(١) وإنما تكرر وروده في الأصل باسم السلماني والتلساني ، وتصحيحه من كتاب
نصب الراية - اهـ مصححه .

وهو رواية عن محمد «رح» ، وعنه أن له مجلس العلم ، والروايتان
في النواذر ، وبالثانية أخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك
لا بد له من زمان التأمل كما في الخيرة .

على أنه للفور . ثم قال الكرخي وقال هاشم عن محمد في نواذره إذا بلغه فسكت ثم ادعاها
من ساعته فهو على شفعتها .

قال القدوري وهذا بقيد المجلس . وقال ابن أبي ليلى إن ترك الطلب ثلاثة أيام
بطلت شفعتها . وقال الشعبي إن تركها يوماً بطلت . وقال شريك لا يبطل أبداً حتى
يبطلها بقوله . وفي شرح الأقطع وللشافعي أربعة أقوال أحدها أنها على الفور والآخر
ثلاثة أيام والآخر على التأييد ، إلا أن للمشتري مطالبة الشفيع بالأخذ والإسقاط . والرابع
أنها على التأييد ، وليس للمشتري مطالبة الشفيع بشيء .

وفي معنى الحنابلة لو علم البيع فسكت لا يبطل شفعتها حتى يعلم المشتري ثم يترك هذا
الطلب تبطل شفعتها عندها والشافعي في الجديد وأحمد على المنقوص عنه وابن شبرمة
والأوزاعي . وعن أحمد في رواية الشفعة على التراضي فلم تسقط ما لم يؤخذ منه دليل على
الرضاء بالسقوط من عفو ومطالبة بقسمه ، وهو قول مالك والشافعي في قول ، وابن أبي
ليلى والثوري ، إلا أن مالكاً قال ينقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها ، وعنه
بمضي أربعة أشهر . ولو أحدث فيه عمارة من غراس وبناء فله قيمته وقدر أي ابن أبي ليلى
والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي .

(وهو رواية عن محمد) أي قول عامة المشايخ بأنه على الفور رواية عن محمد «رح» ،
وفي المحيط وهي رواية مشهورة صحيحة وبه قال الشافعي «رح» في الأصح وأحمد في
المنصوص (وعنه أن له مجلس العلم) أي وعن محمد «رح» أن للشفيع مجلس العلم إن طلبه
في ذلك المجلس فله الشفعة وإن لم يطلب (والروايتان في النواذر) أي الروايتان
المذكورتان عن محمد المذكورتان في نواذر محمد .

(وبالثانية أخذ الكرخي) أي بالرواية الثانية أخذ الشيخ أبو الحسن الكرخي (لأنه
لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في الخيرة) قال الكرخي في مختصره

ولو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله .
وقال سبحان الله لا تبطل شفيعته ، لأن الأول حمد على الخلاص من
جواره ، والثاني تعجب منه لقصد إضراره . والثالث لافتتاح كلامه
فلا يدل شيء منه على الإعراض ، وكذا إذا قال من ابتاعها
وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بضمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض
دون بعض ، والمراد بقوله في الكتاب

بعدما ذكر فيه روايات الأصل والنوادر وليس هذا عندي اختلافاً في رواية ولا معنى ،
لأن هذه العبارات إنما أريد بها أن لا يكون الطلب متراخياً عن الحال تراخياً يدل على
ترك المطالبة بالشفعة أو الإعراض عنها ، وهو عندي على مثال ما قالوا في الخيرة في الطلاق
في رجل قال لزوجته أمرك بيدك ، وكخيار المشتري إذا أوجب له البائع البيع قال قد
بعتك هذا المبد بالف فللمشتري خيار الرد والقبول في المجلس ما لم يظهر منه ما يستدل
به على الإعراض عن الجواب والترك له .

(ولو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحان الله لا
تبطل شفيعته لأن الأول حمد على الخلاص من جواره . والثاني تعجب منه لقصد إضراره .
والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض) ذكر هذا تفريعاً على مسألة
القدوري . قال الكرخي في مختصره قال هشام في نوادره سألت محمداً عن رجل قيل له
إن فلاناً باع داره وهو شفيعها وهي صاحبه فقال الحمد لله قد ادعيت شفيعتها أو لقي
صاحبها الذي يدعي الشفعة قبله قيدا بالسلام قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها أو قال حين
آخر بالبيع من اشتراها أو بكم باعها أو عطس صاحبها فشتمه قبل أن يدعي الشفعة ثم
ادعاها قال محمد في هذا كله على شفيعته . وقال في النوادر سئل أبو بكر البلخي عن الشفيع
إذا سلم على المشتري قال تبطل شفيعته .

(وكذا إذا قال) أي الشفيع (من ابتاعها) أي من اشترى الدار (وبكم بيعت لأنه
يرغب فيها بضمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض) فكان التعرف عن هذا
تحقيقاً للطلب لا إعراضاً ، لأن كل ذلك من أسباب الشفعة فلا يسقطها (والمراد بقوله في

أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة والإشهاد فيه ليس
بلازم وإنما هو لنفي التجاحد . والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره
الكرخي . ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما
لو قال طلبت الشفعة أو طلبها أو أنا طالبها ، لان الاعتبار للمعنى .

الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة (أي في مختصر القدوري
(والإشهاد فيه ليس بلازم وإنما هو لنفي التجاحد) أي في طلب الموائبة لأنه ليس لاثبات
الحق ، وإنما هو ليعلم أنه غير معرض عنها حتى يمكنه الحلف حين طلب المشتري حلفه
أنه طلبها كما سمع .

فإن قلت هذا تناقض قوله يجب عليه أن يشهد . قلت لا لأن المراد من الأول الأشهاد
على الطلب ومن الثاني طلب الموائبة وإنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة حتى لو لم
يطلب لا يجب طلب الموائبة . وفي الذخيرة وإنما ذكر أصحابنا الأشهاد عند الطلب لا لأنه
شرط بعد هذا الطلب بل لاعتبار ثمرته على المشتري عند إنكاره الطلب كما قالوا إذا وهب
الأب لابنه الصغير وأشهد على ذلك فما ذكروا الأشهاد لصحة الهبة ، بل لاثباتها عند
إنكار الأب ، وكما ذكروا الأشهاد في الحائض المائل على طريق الاحتياط لا لأنه
شرط صحة التفريع .

(والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي) أي بتقييد القدوري بقوله أشهد
في مجلسه ذلك إشارة إلى ما اختاره الكرخي من روايتي محمد وهي أن له مجلس العلم
(ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو
أنا طالبها ، لأن الاعتبار للمعنى) أن في العرف يراد بهذه الألفاظ الطلب للحال لا الخبر
عن أمر ماض أو مستقبل ، حتى قال الفضلي إذا سمع الرستا في بيع أرض يجنب أرض
وقال شفعته كان ذلك منهم طلباً ، كذا في الذخيرة . وفي المغني قيل لو قال طلبت الشفعة
وأخذتها بطلت شفعته ، لأن كلامه وقع كذباً في الابتداء فصار كالسكوت . والصحيح أنه
طلب ولا يبطل به الشفعة لأنها كالإنشاء عرفاً كما في بيعت واشتريت .

وإذا بلغ الشفيح بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة «رح» .

وفي المحيط ولو قال طلبت الشفعة وأطلبها بطلت شفعته ، وكذا لو قال الشفعة لي أطلبها فبطل . ولو قال للمشتري أنا شفيحك وأخذ الدار منك شفعة تبطل شفعته ولو كان المشتري واقفاً مع ابنه فسلم قبل الطلب إن سلم على الأب تبطل ، وإن سلم على الابن لا . ولو قال للمشتري بالفارسية شفعته خوام بطلت . ولو قال للمشتري بارك الله في صفقتك أو ادهى له بالفقود بعد السلام عليه قبل الطلب تبطل شفعته . وقال الشافعي لا تبطل . وفي فتاوى قاضي خان لو أدركت الصغيرة وثبت لها خيار البلوغ والشفعة ، فلو قدمت أحدهما بطل الآخر فالحيلة أن يقول طلبت حقي في الشفعة والخيار في العيون قال هشام سألت محمداً عن رجل حين طلب الشفعة أنا أطلبها ولم يقل قد طلبتها قال هو على شفعته . وقال الناطقي «رح» في الأجناس قال في الماروني إذا قال الشفيح أشهدكم على شفعتي كان ذلك منه طلباً وله الشفعة . وفي نوادر أبو يوسف قال علي بن الجعد لو قال الشفيح لي فيها شفعة وأنا أطلبها كان طلباً صحيحاً وله الشفعة . ولو قال لي فيما اشتريت شفعة لا يكون طلباً وبطلت شفعته لأنه أخبر بما له من الحق ولم يبطله . وقال محمد في نوادر هشام قول الشفيح قد ادعيت شفعتها طلب صحيح .

وقال الإمام الأسيبجاني في شرح الطحاوي ولفظ الطلب روي عن محمد بن مقاتل الرازي أن الشفيح يقول طلبت الشفعة فحسب . وروي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه يقول لا يراعي ألفاظ الطلب فإذا طلبها بأي لفظ كان بعد أن يعرف أنه قد طلبها فقد كفى ، لأن محمداً لم يشترط في كتابه مراعاة اللفظ .

(وإذا بلغ الشفيح بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة) وبه قال الشافعي في قول وأحد في رواية والمسطور كالمدل عند أبي حنيفة وزفر وأحمد «رح» في رواية ، وهذا تفسير العلم الذي ذكر في أول الباب بقوله وإذا علم الشفيح بالبيع أي إذا علم بأن أخبره رجلان أو رجل وامرأتان .

وقالا يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صبيّاً كان
أو امرأة إذا كان الخبر حقاً . وأصل الاختلاف في عزل الوكيل
وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم ، وهذا بخلاف الخيرة إذا
أخبرت عنده لأنه ليس فيه إلزام حكم . وبخلاف ما إذا أخبره
المشتري لأنه خصم فيه ، والعدالة غير معتبرة في الخصوم ، والثاني

(وقالوا يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً ، صبيّاً كان أو امرأة
إذا كان الخبر حقاً) أو به قال الشافعي «رح» في قول وأحمد «رح» في رواية ، وبهذا
الخلافاً فيها إذا لم يصدق الشفييع الخبر ، أما لو صدقه فسكت بطلت شفعته
مخبر كل مخبر ميم .

(وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله) أي في آخر فصل القضاء
بالموارث من كتاب أدب القاضي (وأخواته فيما تقدم) أراد بها المولى إذا أخبر بخيانة
عبد فاعتقه والبكر إذا سكت بعدما أخبرت بإنكاح الولي والذي أسلم ولم يحاجر
إلينا فأخبر بالشرائع ففي كل ذلك يشترط في الخبر العدد أو العدالة عند أبي
حنيفة خلافاً لها .

(وهذا بخلاف الخيرة إذا أخبرت) بأن زوجها خيرها قصير خيرة (عنده) أي عند
أبي حنيفة وإن كان الخبر فرداً مميزاً (لأنه ليس فيه إلزام حكم) أي في إخبار الخيرة بل هو
آتفاً ما كان على ما كان ، لأن النكاح لازم قبل هذا ، وفي حق الشفييع يلزمه ضرر
سواء بالجوار ، حتى لو اختارت نفسها في مجلس الخيرة بإخبار مخبر ميم يقع الطلاق وإلا
فلا ، ولا يشترط في الخبر أحد شطري الشهادة لما ذكره .

(وبخلاف ما إذا أخبره المشتري) يعني أن المخبر بالشفعة إذا كان هو المشتري
وقال اشتريت دار فلان لا يشترط فيه العدد أو العدالة ، حتى إذا سكت الشفييع
عند الإخبار ولم يطلب الشفعة بطلت شفعته (لأنه خصم فيه) أي لأن المشتري خصم
للشفييع في حق الشفعة (والعدالة غير معتبرة في الخصوم) لعدم فائدة اشتراطها (والثاني

طلب التقرير والإشهاد لانه محتاج إليه لإثباته عند القاضي على ما ذكرنا ، ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب الموائبة ، لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الاشهاد والتقرير وبيان ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده ، معناه لم يسلم إلى المشتري أو على المبتاع أو عند العقار ، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته

طلب التقرير والإشهاد ، لانه محتاج إليه لإثباته عند القاضي كما ذكرنا) وهو قوله إنما هو نفى لتجاهه (ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب الموائبة ، لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير) أى طلب الموائبة لانه ينكر على المشتري طلب الشفيع ، حتى لو سمع الشفيع عند حضرة أحد من البائع والمشتري أو عند الدار ووجد عنده طلب الموائبة وأشهد على ذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطالبين ، كذا في الفتاوى الظهيرية .

(وبيان) أى بيان هذا الطلب (ما قال في الكتاب) أى ما قال القدوري في مختصره بقوله (ثم ينهض منه يعني من المجلس) يعني يقوم الشفيع مسرعاً من المجلس (ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده ، معناه لم يسلم إلى المشتري) يعني معنى قوله البيع في يده انه لم يسلمه إلى المشتري ، أما إذا لم يكن في يده ذكر القدوري والناطقي لا يصح الطلب منه لانه لم يبق له يد ولا ملك ، فصار كالأجنبي . وذكر الإمام أحمد الطواويسى والشيخ الإمام خواهر زاده يصح استحساناً ، لان الإشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري (أو على المبتاع) أى أو على المشتري سواء كانت الدار في يده أو لا ، لان الملك له ويأخذ الشفعة منه (أو عند العقار) أى أو يشهد عند العقار لتعلق الحق به (فإذا فعل ذلك استقرت شفعته) هذا الطلب مقدر بالتمكن ، حتى لو لم يطلب بعد التمكن بطلت شفعته دفماً للضرر عن المشتري ، لانه ربما يتصرف فيها على تقدير أنه لا يطلب الشفعة ثم يطلب بعد زمان فينقص تصرفاته في الدار فيتضرر .

وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه ، لأن للأول اليد والثاني الملك ، وكذا يصح الإشهاد عند المبيع ، لأن الحق متعلق به ، فإن

ثم إذا تأخر بعد زمان علم في الليل فأخره إلى الصبح وأقيمت الصلاة ويخاف فوت الصلاة فأخره لا يسقط شفعته وبه قال الشافعي وأحمد .

وفي المحيط لو صلى بعد الظهر ركعتين لا تبطل شفعته ، ولو صلى أكثر تبطل . ولو صلى أربعاً بعد الجمعة لا تبطل . ولو صلى أكثر من أربع تبطل . وكذا لو سمع في الأربع قبل الظهر فاتمها أربعاً لا تبطل . وفي مبسوط شيخ الإسلام الشفيع إنما يحتاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب الموائبة أن لا يمكنه الإشهاد عند طلب الموائبة بأن سمع الشراء حال غيبة المشتري والبائع والدار ، أما إذا سمع الشراء عند حضرة أحد هؤلاء وطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين ، فلو ترك الأقرب من الثلاثة وقصد الأبعد ، فإن كانوا حمله في مصر واحد فالقياس أن تبطل شفعته . وفي الإستحسان لا تبطل ، لأن نواحي مصر كناية واحدة حكماً ، أما لو كان أحد الثلاثة في مصر والآخر في مصر آخر وفي رستاق فقصد الأبعد وترك الأقرب بطلت شفعته استعساناً وقياساً لأنها لم يحملاً كمكان واحد حكماً .

وفي شرح الكافي وقالوا هذا إذا كانوا على طريق واحد فأما إذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب إليهم لا يبطل حقه بالذهاب إلى الأبعد لأنه ربما يكون به عذر لا يكون ذلك في طريق آخر . وقال في الأجناس قال في نوادر ابن رستم عن محمد إن كان البائع والمشتري بخراسان والدار بالعراق أن للشفيع أن يخاصم المشتري إذا كان بخراسان ولا تبطل شفعته ، وإن كان الشفيع بالعراق عند الدار أشهد عند الدار على طلب الشفعة وليس عليه أن يأتي خراسان فيخاصم هناك . ولو خرج إلى خراسان وطلب هناك ولم يطلب عند الدار بطلت شفعته .

(وهذا لأن كل واحد منها خصم فيه) أي الإشهاد على البائع أو المشتري ، لأن كلا منهما خصم للشفيع (لأن للأول اليد) أي البائع له اليد (والثاني الملك) أي المشتري له الملك (وكذا يصح الإشهاد عند المبيع ، لأن الحق متعلق به ، فإن سلم

سلم البائع والمبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصماً ، إذ لا يد له ولا ملك ، فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك . وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديدده ، لأن المطالبة لا تصح إلا في المعلوم والثالث طلب الخصومة والتملك ، وسنذكر كيفية من بعد إن شاء الله تعالى . قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو

البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصماً ، إذ لا يد له ولا ملك ، فصار كالأجنبي (وقد ذكرنا عن قريب ما نقل عن خواهر زاده من صحة الإشهاد على البائع بعد تسليمه المبيع إلى المشتري .

(وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك . وعن أبي يوسف أنه يشترط تسميته المبيع وتحديدده ، لأن المطالبة لا تصح إلا في المعلوم) قال للكرخي في مختصره قال بشر وعلي بن الجعد عن أبي يوسف قال فإن كان الشفيع غائباً فإذا علم فله من الاجل بقدر المسافة إما أن يقدم وإما أن يبعث وكيلاً في طلبها وذلك بعد أن يشهد حيث علم أنه على شفيعته ويسمي الدار والارض والموضع ويحدد حق يستوثق لنفسه (والثالث) أي النوع الثالث من أنواع الطلب (طلب الخصومة والتملك) وسماه في الكافي طلب الاستحقاق وهو أن يرفع المشتري الأمر إلى القاضي فيثبت حقه عنده بالحجة (وسنذكر كيفية طلب الخصومة من بعد إن شاء الله تعالى) أي عند قوله وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادهى الشراء وطلب الشفعة إلى آخره .

(قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة « رح ») أي قال للقدوري لا تسقط الشفعة بتأخير طلب الخصومة والتملك عند أبي حنيفة (وهو

رواية عن أبي يوسف . وقال محمد إن تركها شهراً بعد الأشهاد
بطلت وهو قول زفر « رح » ، معناه إذا تركها من غير عذر .
وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي
تبطل شفيعته ، لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه

رواية عن أبي يوسف « رح » (هذا قول المصنف « رح » ولم يذكر القدوري أى قول
أبي حنيفة رحمه الله رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، وبه قال الشافعي وأحمد وقول محمد
رواية عن أبي يوسف أيضاً .

(وقال محمد إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت) أي الشفعة (وهو قول زفر)
أى قول محمد هو قول زفر « رح » أيضاً (معناه إذا تركها من غير عذر) أى معنى
قول ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب إذا تركها من غير عذر . وفي الذخيرة
والمنهي لو ترك المرافعة إلى القاضي بعد الطلبين بعذر مرض أو حبس أو عدم قدرته
على التوكيل بالطلب لم تبطل شفيعته بالإجماع . أما لو ترك المرافعة بغير عذر لا تبطل
عند أبي حنيفة ، وبه قالت الثلاثة ، وهو رواية عن أبي يوسف . وعند محمد وأبي
يوسف في رواية إذا طال المدة تبطل وهو قول زفر .

واختلفت الرواية ههنا في طول المدة عنه ففي رواية مقدر بثلاثة أيام . وفي
رواية أخرى مقدر بشهر وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وذكر فيها أيضاً لو
ترك المرافعة خوفاً ان القاضي يبطل شفيعته بأنه لا يرى الشفعة على الجوار فهم على
شفيعته . وقال الكرخي قال هشام سألت محمداً على قول أبي حنيفة فيمن طلب الشفعة
عند غير القاضي ثم سكت قال هو على شفيعته أبداً ما لم يقل باللسان قد تركتها ،
وكذلك قول أبي يوسف ، وقال محمد فأما في قولي فإن سكت بعد الطلب شهراً
بطلت شفيعته .

(وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته
لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختياراً دل ذلك على اعراضه وتسليمه)

اختياراً دل ذلك على إعراضه وتسليمه . وجه قول محمد « رح » انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبداً يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيح فقد رناه بشهر ، لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان . ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق ، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائباً ولا فرق في حق المشتري بين الحضر

لم يقدر أبو يوسف التأخير بمقدار على هذه الرواية بل جعله على ما يراه القاضي ، لأن ذلك يختلف باختلاف الأحوال .

(وجه قول محمد أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبداً يتضرر به المشتري ، لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه) أى حذار من نقض البناء والغرس (من جهة الشفيح فقد رناه بشهر ، لأنه آجل وما دونه) أى ما دون الشهر (عاجل على ما مر في الايمان) أى في مسألة ليقضين حقه عاجلاً فقضاء فيما دون الشهرين في يمينه .

(ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى) وهذا يخالف لما قال قاضي خان في جامعه وصاحب المنافع والخلاصة مع أن الفتوى على قول محمد رحمه الله ، ولكن الذي أخذ به المصنف هو الذي أخذ به الطحاوي في مختصره والكرخي أخذ برواية الشهر ، إلا أن يكون القاضي عليلاً أو غائباً (ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق) فإنه إذا كان له حق ثابت عنده أخذ الجهة من الجهات ، فإنه لا يسقط عنه إلا بالأداء وبإسقاط صاحبه بالتصريح ، فكذا هذا .

(وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد ، أي ما ذكر محمد من ضرر المشتري (يشكل بما إذا كان) أى الشفيح (غائباً ولا فرق في حق المشتري بين الحضر

والسفر . ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفيعته
بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي
فكان عذراً . قال وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء
وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فإن اعترف بملكه الذي

والسفر) أي لا فرق في لزوم الضرر على المشتري بين أن يكون الشفيع حاضراً أو
غائباً لم يعتبر ضرره في الشفيع الغائب حيث لم تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب
بالإتفاق ، فيجب أن لا تبطل فيما إذا كان الشفيع حاضراً . وفي الذخيرة لو كان
الشفيع غائباً ينبغي أن يطلب طلب الموائبة ثم له في الأجل على قدر المسير إلى المشتري
أو البائع والدار المبيعة لطلب الإشهاد ولو قدم المصير وتغيب المشتري وطلب
الإشهاد على البائع أو عند الدار ثم ترك طلب التملك لا تبطل شفيعته وإن كان ذلك
بلا خلاف ، لأن ذلك ترك بعذر إذ لا يمكنه اتباع المشتري لأجل الخصومة ، لأنه كلما
قدم مصراً فيه المشتري ليأخذه هرب المشتري إلى مصر آخر . ثم الشفعة تثبت للغائب
عند جمهور العلماء إلا عند النخعي والمكلي والبيهقي حيث قالوا لا شفعة للغائب ،
لأن في اثباتها ضرراً بالمشتري ، وللجمهور عموم الأحاديث .

(ولو علم أنه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالإتفاق ، لأنه لا
يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً) أراد بالإتفاق أصحابنا . وقال أحمد
والشافعي تبطل ، لأن الأخذ بالشفعة لا يفتقر إلى حكم الحاكم عندهما ، لأنه حق ثبت
بالإجماع والنص ، فلا يفتقر إلى الحكم كالرد بالمعيب . قلنا هو نقل الملك عن مالكه إلى
غيره قهراً ، فيحتاج إلى الحكم كالرد بالمعيب .

(قال وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي) أي قال القدوري وهذا هو طلب الخصومة
الذي وعده بقوله وسنذكر كيفيته من بعد (فادعى الشراء) أي ادعى أن فلاناً
اشترى الدار (وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه) وهو المشتري (فان اعترف
بملكه الذي يشفع به) أي فان أقر المشتري بملك الشفيع الذي يشفع به صار خصماً

يشفع به وإلا كلفه إقامة البينة لأن اليد ظاهر محتمل فلا تكفي
لائبات الاستحقاق قال ويسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على
المدعى عليه عن موضع الدار

فيسلمها ، وهذا هو جواب أن الشرطية (وإلا) أى وإن لم يعترف بأن أنكر ملك الشفيع
بأن قال الملك الذي في يده ليس له وإنما هو ساكن فيه (كلفه) أى كلف القاضي
الشفيع (بإقامة البينة) على أن الدار التي هو فيها ملكه ليثبت كونه خصماً ، لأن
الخصومة في الشفعة فرع على ثبوت السبب وهو المجاورة والشركة ، فإذا لم يثبت لم يصح
إثبات ما هو فرع عليه . وقال زفر وهو أحد الروائين عن أبي يوسف ليس عليه
إقامة البينة على الملك ، لأن اليد دليل على الملك ، ألا ترى أن الشهود يشهدون بالملك
بمشاهدة اليد فوجب بشهادة اليد فوجب أن يقضي بالشفعة لأجلها .

ودليلنا ما أشار إليه بقوله (لأن اليد ظاهر محتمل) فيحتمل أنه يد ملك
وغير ذلك (فلا تكفي لإثبات الاستحقاق) لأن المحتمل لا يصلح أن يكون حجة
للإلزام على الغير ، وبه قال الشافعي وأحمد ذكره في الحلية ومعنى الحنابلة وما ذكره في
الكافي خلافاً للشافعي ليس بمعتد منه ، وظاهر اليد لا يثبت للإستحقاق على الغير ،
ولهذا قالوا إذا زعم المعتوف أنه حر وقال القاذف هو عبد لم يجب الحد حتى
يقم المعتوف البينة على الحرية وذلك لأن الظاهر الحرية إلا أنه لا يستحق بهذا الظاهر
حقاً على الغير ، وكذلك المقطوعة يده إذا زعم أنه حر وطلب القصاص من القاطع
فقال القاطع هو عبد لم يجب القصاص حتى يثبت الحرية لهذا المعنى . وكذلك قالوا في
الشهود عليه إذا زعم أن الشاهد عبد لم يقض عليه بظاهر الحرية ، وكذلك إذا
زعمت العاقلة أن القاتل عبد لم يقض عليه لم يتحملوا عنه الدية حتى يثبت أنه حر .

(قال ويسأل القاضي المدعي) أى قال صاحب الهداية يسأل القاضي مدعي الشفعة
(قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار) أى الدار المشفوعة بأن يقول الشفيع

وحدودها ، لانه ادعى حقاً فيها فصار كما إذا ادعى رقبته وإذا بين
ذلك يسأل عن سبب شفيعته لاختلاف أسبابها ، فإن قال أنا شفيعها
بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف . وذكر في
الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً

دار فلات في بلدة كذا في محلة كذا (وحدودها) الأربع (لأنه ادعى حقاً فيها) أي
في الدار والدعوى لا يصح إلا في المعلوم (فصار كما إذا ادعى رقبته) أي صار حكم
هذا الحكم من يدعي رقبة الدار حيث لا يصح دعواه إلا إذا بينها بحدودها وأوصافها .
(وإذا بين ذلك) أي في موضع الدار وحدودها (يسأله عن سبب شفيعته) أي
يسأل القاضي الشفيع بأي سبب يدعي الشفاعة (لاختلاف أسبابها) أي لاختلاف
أسباب الشفاعة من الشركة والجوار فانها على المراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب
ليعلم هل هو محبوب بغيره أم لا ، وربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سبباً فانه
سبب عند شريح إذا كان أقرب باباً فلا بد من البيان . ويقول له أيضاً متى أخبرت
بالشراء كيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أم لا ، فان عند أبي يوسف ومحمد
إذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى ، وهذا لا يلزم المصنف ،
لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم بعد ذلك يسأله
عن طلب الإشهاد ، فإذا قال طلبت حين علمت أو أخبرت من غير لبث يسأله عن طلب
الاستقرار . فان قال طلبته من غير تأخير يسأله عن المطلوب بحضرته فقد كان أقرب
إليه من غيره . فان قال نعم فقد صحح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف
بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البينة على ما ذكرنا .

(فان قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف) ذكر
هذا تقريباً على ما تقدم وبياناً للخلاف الذي ذكر الحدود فانه إذا قال أنا شفيع
الدار المشتركة بدار قلاصق الدار المشفوعة وبين حدود الدار المشفوعة وانها في بلدة
كذا في محلة كذا يتم دعواه عند الخصاف ولا يشترط ذكر حدود دار عنده .
(وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً) فالشرط على ما ذكر

وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد . قال فإن عجز عن
البينة استحلقت المشتري بالله ما يعلم أنه مالك الذي ذكره مما يشفع
به ، معناه بطلب الشفيع لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ،

في الفتاوى بيان حدود دار الشفيع التي بطلت الشفعة بها بأن يقول أنا شفيعها بالجوار
بداري التي أحد حدودها كذا ، والثاني كذا ، والثالث كذا ، والرابع كذا ، وبيان
صدور الدار المشتراة المشفوعة ما ذكرنا . وقال الفقيه أبو الليث وأما الطلب عند
الحاكم أن يقول اشترى هذه الدار التي أحد حدودها كذا ، والثانية كذا ، والثالثة
كذا ، والرابع كذا ، وأنا شفيعها بالجوار بالدار التي أحد حدودها كذا ، والثاني
كذا ، والثالث كذا ، والرابع كذا ، طلبت أخذها بشفعتي فمدة تسليمها إلي بشفعتي
هذه (وقد ^(١) بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد) فكلما اسم لكتاب واحد
للمصنف في الفتاوى . وذكر فيه وقال ينبغي أن يقول وأنا أطلب الشفعة بدار اشتريتها
من فلان التي أحد حدودها كذا ، والثاني كذا ، والثالث والرابع كذا ، لأن الدار إنما
تصير معلومة بذكر الحدود وبين حدود الدار المشتراة أيضاً ، لأن الدعوى إنما تصح
بعد إعلام المدعى به والإعلام بذكر الحدود .

(قال فان عجز عن البينة) أي قال القدوري فان عجز عن إقامة البينة
وهو عطف على قوله كلفه إقامة البينة (استحلقت المشتري بالله ما يعلم انه مالك الذي
ذكره مما يشفع به) هذا تحليف على الملم على ما نذكره . وفي الذخيرة هذا على قول
أبي يوسف لأنه استحق الشفعة بمجرد اليد عنده ، أما عند محمد فيعطف على البتات
لأنه يدعي عليه استحقاق الشفعة ، وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره ،
وهناك يحلف على البتات ، فكذا هاهنا .

(منناه يطلب الشفيع) أي معنى قول القدوري استحلقت المشتري إذا طلب
الشفيع (لأنه) أي لأن الشفيع (ادعى عليه) أي على المشتري (معنى لو أقر به لزمه)

(١) وقد بينا ذكر حكم الحدود والاختلاف في الكتاب المسمى بالتجنيس

والمزيد - هامش .

ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم . فإن نكل أو قامت للشفيع بيعة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع أم لا ، فإن أنكر الإبتاع قيل للشفيع أتم البيعة ، لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة . قال فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي مر ذكره ، فهذا على الحاصل ،

أى لو أقر به المشتري لزمه بإقرار (ثم هو استحلاف على ما في يد غيره) أى ثم هذا الإستحلاف على ما في يد غيره (فيحلف على العلم) والأصل فيه قوله ^{يحتاج} لليهود في القسامة فيحلف منكم خمسون رجلاً خمسين يمينا بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً ، فكان ذلك أصلاً في أن اليمين إذا كانت على فعل المدعى عليه كانت على البتات ، وإذا كانت على فعل الغير كانت على العلم (فان نكل) أى المشتري عن اليمين (أو قامت للشفيع بيعة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه) يعني على الشراء (هل ابتاع أم لا) أى هل اشترى الدار المشفوعة أم لم يشتر (فان أنكر الإبتاع قيل للشفيع أتم البيعة) على الشراء (لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة) وهى الإقرار أو البيعة .

(قال فان عجز عنها) أى قال القدورى فان عجز للشفيع عن إقامة البيعة (استحلف المشتري بالله ما ابتاع) أى استحلف القاضي المشتري بالله ما اشترى (أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي مر ذكره) أى أو استحلف بالله ما استحق الشفع عليه في هذه الدار شفته . وفى بعض النسخ أو بالله ما استحق على هذه الدار شفته (فهذا على الحاصل) أى فهذا الاستحلاف على الحاصل ، أعني استحلاف على حكم الشيء فى الحال .

والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى ، وذكرنا
الاختلاف بتوفيق الله . وإنما يحلفه على البتات لأنه استخلاف على فعل
نفسه وعلى ما في يده أصالة ، وفي مثله يحلف على البتات . قال وتجاوز
المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس
القاضي ، فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن ،
وهذا ظاهر رواية الأصل .

والأصل في الاستخلاف هو الاستخلاف على الحاصل عندهما ، وعند أبي يوسف على
السبب إلا إذا وجد التعريض من المدعى عليه فحينئذ يحلف على الحاصل . وفي شرح
الأقطع فالذي ذكره في الكتاب إنما هو قول محمد . وقال أبو يوسف يحلف بالله ما ابتاع
إلا أن يعوض فيقول قد يشتري الإنسان بالشيء ثم يفسخ العقد فلا يمكن استخلافه كذلك
فيحلفه بالله ما يستحق عليه شفعته .

(والأول على السبب) وهو قوله بالله ما ابتاع (وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى ،
وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله سبحانه وتعالى) أى في فصل كيفية اليمين والاستخلاف في
الدعوى في قوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . أما على قول أبي يوسف
رحمه الله تعالى يحلف في جميع ذلك على السبب إلى آخره (وإنما يحلفه على البتات لأنه
استخلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة ، وفي مثله يحلف على البتات) أى يحلف
القاضي المشتري في إنكاره الابتاع فيقول بالله ما ابتعت ، أو يقول بالله ما يستحق
الشفيع على هذه الدار شفعة ، بخلاف استخلاف المشتري على إنكاره ملك الشفيع في
الدار التي يسكنها الشفيع فإنه يحلفه على العلم فيقول بالله ما أعلم أنه ما تملك لها .

(قال وتجاوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي) أى
قال القدوري وذلك لأن الثمن إنما يجب بعد انتقال الملك إلى الشفيع ففي حالة المنازعة
للانتقال فلا يجب عليه إحضار الثمن (فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن)
لانتقال الملك إليه (وهذا ظاهر رواية الأصل) وبه قالت الثلاثة وابن شبرمة إلا عند

وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن
عن أبي حنيفة ، لأن الشفيع عساه يكون مفلساً فيتوقف القضاء
على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر أنه لا يضمن له
عليه قبل القضاء ،

الشافعي وابن شبرمة ينظر ثلاثة أيام ، فان أحضر والافسخ عليه ، وعند مالك وأحمد
ينتظر يوماً أو يومين وإلا يفسخ عليه ، وإنما قال هذا ظاهراً رواية الأصل ، ولم يقل هذا
رواية الأصل لأنه لم يصرح فى الأصل هكذا ، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضى يقضى
بالشفعة من غير إحضار الثمن ، لأنه قال للمشتري أنت يحبس الدار حتى يستوفى الثمن
منه أو من ورثته إن مات .

(وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة
«رح» لأن الشفيع عساه يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال
المشتري) أى حتى لا يهلك ، وقال رسول الله ﷺ لا توى على مال امرئ مسلم . قوله
عساه أى عسى الشفيع يكون مفلساً . وأصل استعماله بأن نحوه عسى زيد أن يخرج ، وقد
يشبهه يكاد فيترك أى نحو قول الشاعر :

على الكرب الذى أمسيت فيه يكون وراؤه فرج قريب

وما ذكره المصنف «رح» من هذا القليل وإسم على هلعنا الضمير البارز .

(وجه الظاهر أنه لا يضمن له عليه) أى الشأن لا يضمن للمشتري على الشفيع (قبل
القضاء) فلا يتمكن المشتري من مطالبته ، فكيف يجب إحضاره . وفى شرح الطحاوى
لا ينبغي للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الثمن أما لو قضى ينفذ قضاؤه ووجب
عليه الثمن فيحبس المشتري المبيع حتى يحضر الشفيع الثمن .

ولو قال للشفيع ليس عندى الثمن أحضره اليوم أو غداً أو ما أشبه ذلك فالقاضي
لا يلتفت إلى ذلك ، ويبطل حقه فى الشفعة ، ثم قال والفرق بين البائع والمشتري وبين

ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره . وإذا قضى له
بالدار فالمشتري أن يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد
«رح» أيضاً ، لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه ، فلو
آخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن إليه

الشفيع والمشتري ، فإن المشتري في البيع لو ماطل لا يبطل الشراء ، وما هنا يبطل .
والبائع أزال البيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد ضر بنفسه عن اختياره فلا يزيل
ملك نفسه عن اختياره فلا ينظر له بإبطال ملك المشتري ، وإنما ينظر له بآثبات ولاية
حبس المبيع ، فإن المشتري ما هنا فلا يزيل ملكه نفسه عن اختياره ليقال أضر بنفسه
قبل وصول الثمن إليه ، بل الشفيع يتملك عليه كرهاً دفعاً للضرر عن نفسه ، وإنما يجوز للإنسان
دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا
ماطل في دفع الثمن .

(ولهذا) أي ولعدم كون الثمن عليه قبل القضاء (لا يشترط تسليمه ، فكذا لا
يشترط إحضاره) لأنه ليس بثابت عليه (فإذا قضى له بالدار فالمشتري أن يحبسها حتى
يستوفي الثمن) أي فإذا قضى للشفيع بالدار . وفي بعض النسخ فإذا قضى بالدار للشفيع
فالمشتري (وينفذ القضاء عند محمد أيضاً لأنه فصل مجتهد فيه) يعني أن عند محمد لا يقضي
بالشفعة قبل إحضار الثمن ، ومع هذا لو قضى بها قبل الإحضار ويفيد القضاء عنده أيضاً
لوقوعه في محل مجتهد فيه ، وإنما قال عند محمد أيضاً ، لأن الإشكال يحيى على مذهبه إذ
لا يجوز القضاء عنده حتى يحضر الثمن كاذكراً .

(ووجب عليه الثمن) أي على الشفيع (فيحبس فيه) أي في الثمن إذا أخره (فلو
آخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته) أي فلو أخر الشفيع الثمن
بعدما قال القاضي له ادفع الثمن إليه ، أي إلى المشتري لا تبطل شفعته . وفي الكافي عند
محمد (لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي) أي لأن النعمة تأكدت بخصومة
الشفيع عند القاضي .

لا تبطل شفيعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي . قال وإن
أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة ،
لأن اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر
المشتري فيفسخ البيع بمشهد ^(١) منه ويقضي بالشفعة على البائع
ويجعل العهدة عليه ، لأن الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي
يقضي بها للشفيع فلا بد من حضورهما

(قال وإذا أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده) أي قال القدوري أي وإن أحضر
الشفيع البائع عند القاضي والحال أن الدار المشفوعة في يده ولم يسلمها إلى المشتري (فله
أن يخاصمه في الشفعة) أي فالشفيع أن يخاصم البائع في الشفعة (لأن اليد له وهي يد
مستحقة) أي معتبرة كيد الملاك ، ولهذا كان له أن يجبسه حتى يستوفي الثمن . ولو ملك
في يده ملك من ماله ، وإنما قال ذلك احترازاً عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك
فهو خصم من ادعى عليه (ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع
بمشهد منه) أي بحضور من المشتري والمشهد بفتح الميم مصدر اسمي بمعنى الشهود وهو
الحضور (ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه) أي على البائع وهي ضمان سبب
الثمن عند الاستحقاق لأنه هو القابض للثمن (لأن الملك للمشتري) لأنه ثبت له بالبيع
فصار ملكه ، ألا ترى أنه يجوز له أن يتصرف فيه تصرف الملاك .

(واليد للبائع) ألا ترى أن له أن يجبسه لاستيفاء الثمن (والقاضي يقضي بها) أي
بالملاك واليد (للشفيع فلا بد من حضورهما) أي حضور البائع والمشتري ، إذ الشفيع
يريد استحقاق الملك واليد ، ولأن أخذه من يد البائع يوجب انقاسخ البيع بين البائع
والمشتري وإذا لا يتم إلا بحضور من المشتري فيشترط حضوره ، ثم الأخذ من يد البائع يجوز
عندنا وعند الشافعي في وجه واحد وقال الشافعي في قول واحد في رواية يحبر الحاكم
المشتري حتى يقبضه من يد البائع فيأخذ الشفيع من يده والعهدة على المشتري بكل حال

بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع ،
لأنه صار أجنبياً إذ لا يبقى له يد ولا ملك . وقوله فينفسخ البيع
بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى ، وهي أن البيع في حق المشتري إذا
كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ، ثم وجه هذا
الفسخ المذكور

عند الثلاثة . وعند زفر وابن أبي ليلى والبناء على البائع بكل حال ، وعندنا إن أخذ من
يد البائع فالمهدة عليه ، وإن أخذه من يدي المشتري فالمهدة عليه .
وروى ابن سماعة وبشر بن الوليد عن أبي يوسف أن المشتري إن كان نقد الثمن ولم
يقبض الدار حتى قضى للشفيع بالشفعة بمحضر من البائع والمشتري ، فإن للشفيع يقبض
الدار من البائع وينقد الثمن للمشتري وعهده عليه ، وإن كان لم ينقد الثمن دفع الثمن إلى
البائع وعهده عليه .

(بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبياً
إذا لم يبق ^(١) له يد ولا ملك) أى للبائع ، أما عدم اليد فظاهر ، لأن المبيع قبض ، وأما
عدم الملك فلأن المشتري ملكه بالمقد الصحيح مع القبض .

(وقوله) أى قول القدروري (فينفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى ، وهي
أن البيع في حق المشتري إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه) يعني
اشتراط الحضور معلول بعلمتين ، إحداها أنه يصير مقضياً عليه في حق الملك ، لأنه قال
قبل هذا ، لأن الملك للمشتري واليد للبائع فلا بد من حضوره . وثانيها أنه يصير مقضياً عليه
بحق الفسخ كما ذكرها هنا ، فلا بد من حضوره ، إذ القضاء على الغائب لا يجوز .

(ثم وجه هذا الفسخ المذكور) وهو الفسخ المذكور في قوله فيفسخ البيع بمشهد منه ،
ولما كان الفسخ للبيع يوم العود على موضعه بالنقض في المسألة ، لأن نقض البيع إنما هو
لأجل الشفعة ، وبعضه يفضي إلى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله

(١) إذ لا يبقى - هامش .

أن ينفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ
بالشفعة وهو يوجب الفسخ ، إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر
انفساخه ، لأن الشفعة بناء عليه ، ولكنه تتحول الصفقة إليه ويصير
كأنه هو المشتري منه

ثم وجه هذا الفسخ المذكور (أن ينفسخ في حق الإضافة) يعني يصير البيع مضافاً إلى
الشفيع بعد أن كان مضافاً إلى الشفيع بعد أن كان مضافاً إلى المشتري (لامتناع قبض المشتري
بالأخذ بالشفعة) هذا تعليل لقوله أن ينفسخ في حق الإضافة ، وإن قبض المشتري مع ثبوت حق
الأخذ للشفيع ممتنع ، وإذا كان ممتنعاً فإن الغرض من الشراء هو الانتفاع بالبيع ، فيحتاج إلى
الفسخ ، وهو معنى قوله (وهو يوجب الفسخ) أى امتناع قبض المشتري بسبب الأخذ
بالشفعة يوجب الفسخ ، لأن الأسباب شرعت لأحكامها لانتقائها .

(إلا أنه يبقى أصل البيع) هذا استثناء عن قوله ينفسخ في حق الإضافة والا بمعنى
لكن ، يعني لكن الشأن يبقى أصل البيع بمعنى الفسخ في حق المشتري لا البائع ، ويبقى
أصل البيع ، أعني الصلار من البائع وهو قوله بعث مجوداً من اضافته إلى ضمير المشتري
لتعذر انفساخه ، فإنه لو انفسخ عاد على موضعه بالنقض كما ذكرنا (لتعذر انفساخه) أى
إنفساخ العقد في حقها من كل وجه ، لأنه يصير كأن البيع لم يكن أصلاً ، لأن الانفساخ من
كل وجه عبارة عنه ، فحينئذ يبطل حق الشفعة (لأن الشفعة بناء عليه) أى على البيع
(ولكنه تتحول الصفقة إليه) أى ولكن الشأن يتحول العقد إلى الشفيع ، وهذا وجه
التحويل لبقاء العقد ، وهو بتحويل الصفقة إليه .

(ويصير كأنه هو المشتري منه) أى يصير الشفيع كأنه المشتري من البائع ، وهذا
لأن الشفعة ثابتة في الشرع البتة ، وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذراً لعدم حصول
المقصود ، فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى
إلى غيره ، وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار . وقال بعضهم نقل الدار من المشتري
إلى الشفيع بمقد جديد قالوا لو كان بطريق التحول لم يكن للشفيع بمقد جديد ، قالوا

فلهذا يرجع بالعهد على البائع . بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهد عليه ، لأنه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى . قال ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم للشفيع ، لأنه هو العاقد ، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه . قال إلا أن يسلمها إلى الموكل ،

لو كان بطريق لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي ، ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب ، والمشتري اشتراها على أن البائع يرى من كل عيب بها ، لكن له ذلك .

والجواب أن المقدي يقضي إلى سلامة المعقود عليه من العيب ، وإنما تغير في حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرواية وقبول المشتري العيب فتحولت الصفقة إلى الشفيع موجبة السلامة نظراً إلى الأصل .

(فلهذا) أي فلتحول الصفقة إليه (يرجع بالعهد على البائع) لأنه لو باع كما كان ، ولو كان بمقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه) أي الشفيع (من يده حيث تكون العهد عليه ، لأنه تم ملكه بالقبض ، وفي الوجه الأول) وهو فيما إذا كان المبيع في يد البائع وأخذ الشفيع منه (امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ) أي فسخ البيع الذي كان بين المشتري وبينه (وقد طولنا الكلام فيه) أي في حكم المسألة المذكورة (في كفاية المنتهى بتوفيق الله سبحانه وتعالى) وقد بينا شيئاً من ذلك في أثناء الكلام .

(قال ومن اشترى داراً لغيره) أي قال القدوري يعني اشترى لغيره بطريق الوكالة (فهو الخصم للشفيع ، لأنه هو العاقد) فيتوجه عليه حقوق المقد (والأخذ بالشفعة من حقوق المقد فيتوجه عليه) أي فتتوجه الخصومة على الوكيل (قال إلا أن يسلمها إلى الموكل) أي قال القدوري إلا أن يسلم الوكيل الدار إلى الموكل فحينئذ يكون الموكل هو

لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل ، وهذا لأن
الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع
إلى المشتري ، فتصير الخصومة معه ، إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل

الخصم (لأنه لم يبق له يد ولا ملك) أي لأن الشأن لم يبق للوكيل يد في الدار ولا ملك ،
فصار كالبائع إذا سلم إلى المشتري يخرج من الخصومة بالتسليم ، غير أن البائع لا يكون
خصماً إذا كانت الدار في يده حتى يحضر المشتري والوكيل إذا قبض خصم وإن لم يحضر
الوكيل ، لأن المشتري لم يقيم البائع مقام نفسه فلم يحز فسخ الملك عليه من غير حضوره ،
وأما الموكل فقد أقام الوكيل مقام نفسه ورضي به فجاز أن يفسخ الملك بمخاصمته
وإن لم يحضر الموكل .

(فيكون الخصم هو الموكل) يعني إذا سلم الوكيل الدار إلى الموكل يكون هو الخصم .
وفي شرح الطحاوي ومن اشترى داراً لرجل بأمره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة ،
فانه ينظر ان كان الوكيل لم يسلم الدار إلى الموكل ، فان للشفيع أن يأخذ الدار منه
فيكتسب عهده عليه وينقد الثمن إليه بقول الوكيل إلى الموكل ، وان كان الوكيل سلم
الدار إلى الموكل أخذها منه وينقد الثمن إياه ويكتب العهدة . وروى عن أبي يوسف أنه
قال لا يأخذ من يد الوكيل لأنه انما اشتراها للموكل وهو ليس بخصم فيها ، ولكن يقال
سلم الدار إلى الموكل ثم يأخذها الشفيع منه . وفي ظاهر الرواية ما ذكرنا أنه يأخذ من يد
الوكيل اذا كان في يده لأن حقوق العقد راجعة إلى العاقد فيكون في حقوق عقد كالمالك
والشفعة من حقوق العقد .

(وهذا) توضيح لما قبله (لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف) في باب
الوكالة ان بين الوكيل والموكل بيع حكماً (فتسليمه إليه) أي بتسليم الوكيل إلى الموكل
(كتسليم البائع إلى المشتري فتصير الخصومة معه) أي مع الموكل ، يعني لو كان سلم إلى
المشتري كان هو الخصم ، فكذا الموكل (الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) هذا جواب
عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لو كان الوكيل والموكل كالبائع والمشتري كان ينبغي أن

فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم. وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده ، لأنه عاقد . وكذا إذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا . قال وإذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية . وإن وجد بها عيباً فله أن يردّها وإن كان المشتري شرط ابراءة منه ، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ،

يشترط حضورهما جميعاً في الخصومة إذا كان الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري كما يقدم ، وتقرير الجواب أن يقال إن الوكيل قائم مقام الموكل لكونه نائباً عنه (فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم) والبائع هناك ليس بنائب عن المشتري ، فلا يكتفي بحضوره .

(وكذلك إذا كان البائع وكيل للغائب فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده ، لأنه عاقد ، وكذا إذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه) ويكون الخصم للشفيع هو الوصي إذا كان الورثة صغاراً ، وقيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازاً عما لا يتغابن الناس بمثله فإن بيعه به لا يجوز ، وكذا لو كانت الورثة كلهم كباراً لا يجوز بيع الوصي إذا لم يكن على الميت دين ، فكان قوله يجوز بيعه احترازاً من هذين البيعين ، وعند الثلاثة في المسألة الوكيل يأخذ من يد الموكل ، لأن حقوق العقد ترجع إليه عندهم . وفي مسألة وكيل الغائب للشافعي وجهان ، أحدهما مثل قولنا وهو قول أحمد (لما ذكرنا) في الوكالة .

(قال وإذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية) أى قال القدوري قوله ولم يكن أى والحال أنه قال لم يكن رآها قبل ذلك (وإن وجد بها عيباً فله أن يردّها) أى وإن وجد الشفيع بالدار عيباً فله أن يردّها ، لأن الشفيع مع المشتري بمنزلة المشتري أن البائع ثم المشتري له أن يرد بخيار الرؤية والعيب ، فكذلك للشفيع أن يرد بالخيارين على الذى أخذ منه .

(وإن كان المشتري شرط ابراءة منه) أى من العيب (لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة

ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيار إن كما في الشراء
ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب
عنه فلا يملك إسقاطه .

الشراء . ألا يرى أنه (أى الأخذ بالشفعة) مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيار (أى
خيار الرؤية وخيار الشرط) (ان كما في الشراء) أى كما يثبت الخيار أن في الشراء (ولا
يسقط) أى خيار العيب (بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته) أى ولا تسقط أيضاً
خيار الرؤية من الشفيع برؤية المشتري (لأنه ليس بنائب عنه) أى لأن المشتري ليس
بنائب عن الشفيع (فلا يملك إسقاطه) أى فلا يملك المشتري إسقاط خيار الشفيع
بالعيب والرؤية .

قال الإمام الغتاي في شرح الجامع الكبير الأخذ بالشفعة شراء من وجه من حيث
يملك بثمن معلوم حيث يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب واستيفاء حقه من وجه حتى
يستوفي فيه القضاء والرضاء وعدم الرضاء ، ولو بطل يبطل لا الى خلف حتى لا يكون
المأخوذ منه ضامناً له سلامة البناء ونحوه ، مثاله اذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله خيار
الرؤية وخيار العيب ، سواء كان ذلك للمشتري أو لم يكن ، فلو بنى فيها بناء أو غرس
غرساً ثم استحققت الدار والعقار وأمر بقلع البناء والغرس يرجع على من أخذ منه بالثمن
ولا يرجع بقيمة البناء والغرس عليه ، لأنه لم يضمن له سلامة البناء لأنه أخذه على كره
منه ان أخذه بقضاء . وكذا اذا أخذه بغير قضاء لأنه يستوفي غير حقه لأنه انما يأخذ
على حق متقدم على البيع لكونه مقدماً على الدخيل فيستوفي فيه القضاء غير القضاء
كالرجوع في الهبة لما كان الراجع أخذ بين حق بحق متقدم على الهبة يستوي فيه
القضاء والرضاء .

* * *

فصل في الاختلاف

قال وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان ، لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص ها هنا فلا يتحالفان .

(فصل في الاختلاف)

ذكر حكم الاختلاف عقيب اتفاق الشفيع والمشتري هو الوجه ، لأن الأصل عدم الاختلاف .

(قال وإذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) أي قال القدوري بأن قال المشتري اشترت بألفين ، وقال الشفيع اشترت بألف فالقول قول المشتري مع يمينه ، وبه قالت الثلاثة ، إلا أن أشهب المالكي قال إن أبى المشتري بما يشبهه فالقول له بلا يمين والأصح اليمين ، وقيد في المبسوط والكافي والدار مقبوضة (لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو) أي المشتري (ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان ، لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ) أي لتخير الشفيع إذ المدعي هو الذي لو ترك ترك ، والمختص بهذه الصفة هو الشفيع لا المشتري (ولا نص هنا) يعني لم يرد نص بالتحالف في اختلاف الشفيع والمشتري ، وإنما النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار في الطرفين هناك ، فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الإنكار ها هنا في طرف الشفيع ، لأن المشتري لا يدعي عليه شيئاً فلم يمكن في معنى ما ورد به النص (فلا يتحالفان) أي إذا كان كذلك فلا يتحالفان .

فإن قلت ينبغي أن يجري التحالف ، لأن المشتري من الشفيع ينزل منزلة البائع من

قال ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد «رح» وقال
أبو يوسف «رح» البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتاً فصار كبينه
البائع والوكيل والمشتري من العدو . ولهما أنه لا تنافي بينهما
فيجعل كأن الموجود يبعان للشفيع أن يأخذ بأيهما شاء

المشتري والبائع في يد البائع ، لأن الدار في يد المشتري ، ولو وقع هذا الاختلاف بين
البائع والمشتري لكان يجري التعالف بين البائع والمشتري . قلت وجد الدعوى والإنكار
ثمة ، بخلاف القياس ، وهذا ليس في معناه من كل وجه ، لأن ركن البيع وإن وجد لكن
بالنظر إلى فوات شرطه وهو الرضى أن يوجد فلا يلتحق به .

(قال ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) أي قال القدوري
وبه قال الشريف الحنبلي . وقال الشافعي وأحمد تعرضت البيئتان وتساقطا ، والقول
للمشتري مع يمينه ، ويحتمل أن يفرغ بينها لأنهما ينازعان في العقد ولاية لهما عليه ، فصار
كالمنازعين عيناً في يد غيرهما .

(وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري ، لأنها أكثر إثباتاً ، فصار كبينه البائع) إذا
اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقام البينة فإنهما للبائع (والوكيل) أي وكبينه
الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فإنهما كالوكيل (والمشتري من العدو)
أي وكبينه المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأمور فإنهما
للمشتري لما في ذلك كله من إثبات الزيادة .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أنه لا تنافي بينهما) أي أن الشأن لا منافاة بين بينة
الشفيع وبينة المشتري في حق الشفيع يحوز تحقق المبين مرة بألف ومرة بألفين على
ما شهد عليه البيئتان (فيجعل كأن الموجود يبعان للشفيع أن يأخذ بأيهما شاء) أي
بأي البيعين شاء . غاية ما في الباب أن الثاني يتضمن فسخ الأول ، إلا أن الأول لم يظهر
في حق الشفيع ، لأن حقه قد تأكد والحق للمالك لا يسقط إلا بإسقاط من له الحق ،
فيبقى البيع الأول في حق الشفيع .

وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا
 بانقضاء الأول . وهنا القسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو
 التخرج لينة الوكيل لأنه كالبائع ، والموكل كالمشتري منه ، كيف
 وانها ممنوعة على ما روي عن محمد «رح» ، وأما المشتري من
 العدو ، وقلنا ذكر في السير الكبير أن اللينة بينة المالك القديم . قلنا
 أن نمنع وبعد التسليم قول لا يصح الثاني

(وهذا بخلاف البائع مع المشتري ، لأنه لا يتوالى) أى لا يجري (بينهما عقدان إلا
 بانقضاء الأول) لأن الجمع بينهما غير ممكن فيصار إلى أكثرهما اثباتاً ، لأن المصير إلى
 الترجيح عند تعذر التوفيق (وهما هنا القسخ لا يظهر في حق الشفيع) فيجمع بين البيئتين
 ولا يصار إلى الترجيح كما لو اختلف العبد مع المولى فقال العبد قلت إن أدبت إلي ألقاً
 فأنت حر . وقال المولى إن أدبت إلي ألقين ومن هنا فيجمع بينهما ، إذ لا منافاة بينهما
 فيجملان كان الكلامين صدرا من المولى فيعتق العبد بأيهما شاء (وهو التخرج لينة الوكيل)
 أراد أن المذكور هو التخرج لينة الوكيل ، ومقصوده أن ما ذكره أبو يوسف في بينة
 البائع مع المشتري هو الجواب بعينه عما ذكره في بينة الوكيل مع الموكل (لأنه كالبائع
 والموكل كالمشتري منه) أى من الوكيل فلا يمكن قوال العقد بينهما إلا بانقضاء
 الأول فيعذر التوفيق .

(كيف وانها ممنوعة) أى كيف تكون اللينة للوكيل مع بينة الموكل إذا اختلفا في
 الثمن والحال انها ممنوعة (على ما روي عن محمد «رح» . وأما للمشتري من العدو وقلنا
 ذكر في السير الكبير أن اللينة بينة المالك القديم) قال ابن سماعة روى عنه أن اللينة
 بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما كان بينهما من الوجه حيث صنف السير
 (قلنا أن نمنع) أى فحيث لنا أن نمنع ما ذكره أبو يوسف من كون اللينة للمشتري عند
 الاختلاف مع المولى في ثمن العبد للأمور (وبعد التسليم) يعني وإن سلمنا أن اللينة
 للمشتري مثل ما قال (نقول لا يصح الثاني) أى البيع الثاني بين المشتري وبين المالك

هنالك إلا بفسخ الأول . أما ما هنا بخلافه . ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينه المشتري غير ملزمة ، والبيّنات للإلزام . قال وإذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع ، وكان ذلك خطأ عن المشتري ، وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به ، وإن كان

القديم (هنالك) أى في مسألة العبد المأمور (إلا بفسخ الأول) أى البيع الأول لتعذر التوفيق .

(أما هنا) أى في مسألة اختلاف الشفيع والمشتري (بخلافه) أى بخلاف حكم مسألة العبد المأمور لأن العقدين قائمان في حق الشفيع فله أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة حكاهما محمد وأخذ بها ، والطريقة الثانية حكاهما أبو يوسف ولم يأخذ بها وهي قوله (ولأن بينة الشفيع ملزمة) لأنها لا تلزمه على المشتري تسليم الدار بما قال شاء أو لا (وبينه المشتري غير ملزمة) لأنه لا يلزم على الشفيع شيئاً لكونه غييراً ، وبه حصل الفرق بين بينة البائع والمشتري ، لأن كل واحد من البينتين ملزمة ، فرجعنا بالزيادة ، وكذلك بينة الوكيل مع بينة الموكل وفي مسألة الشراء من العدو ، وعلى هذه الطريقة البينة بينة المالك القديم أنها تلزمه وبينه المشتري لا (والبيّنات للإلزام) يعني مشروعية البيّنات لإلزام الخصم وإثبات الحق عليه .

(قال وإذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن) أى قال القدوري رحمه الله أى والحال أن البائع لم يقبض الثمن . وقال القدوري في مختصره ولا فرق بين أن تكون الدار في يد البائع أو في يد المشتري ، ألا ترى ما ذكره الكرخي في مختصره بقوله وإن اختلف البائع والمشتري والشفيع في الثمن والدار في يد البائع أو في يد المشتري ولم ينقد الثمن والقول في ذلك قول البائع مع يمينه إن كان أكثر مما قال جميعاً ، انتهى (أخذها الشفيع بما قاله البائع ، وكان ذلك خطأ عن المشتري) أى من البائع عن ذمة المشتري (وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به ، وإن كان

على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن ، وهذا الحط يظهر
في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى . ولأن التملك على
البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته
فيأخذ الشفيع بقوله . قال ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان

على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن ، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما
نبين إن شاء الله تعالى) أى في هذا الباب .

(ولأن التملك) وجه آخر ، ولأن تملك الشفيع البيع (على البائع بإيجابه) أى بإيجاب
البائع بقوله بعت ، ألا ترى أنه لو أقر بالبيع والمشتري ينكر فالشفيع أن يأخذ بالشفعة
(فكان القول قوله في مقدار الثمن) سواء أدى المشتري الأقل أو الاكثر (ما بقيت
مطالبته) أى مطالبة البائع (فيأخذ الشفيع بقوله) أى بقول البائع .

(ولو ادعى البائع الأكثر) أى بما قاله المشتري أو الشفيع فإنه وضع المسألة في
المبسوط والذخيرة في اختلاف هؤلاء ، فإن قال الشفيع الثمن ألف ، وقال المشتري
ألفان ، وقال البائع ثلاثة آلاف وأقاما البينة فالبينة بينة البائع ، لأنها تثبت الزيادة
ويأخذ الشفيع بما قاله البائع . وقال الشافعي وأحمد يأخذ بما قاله المشتري . ولو اختلفوا
في مقداره فإن كان ما قاله البائع أكثر مما قالوا وليس لهما بينة (يتحالفان ويترادان) أى
البائع والمشتري بالحديث المعروف . قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجاني رحمه الله في
شرح الكافي إذا اختلف البائع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن والدار مقبوضة
أو غير مقبوضة أخذها الشفيع بما قال البائع إن شاء ، وهذا على وجهين إما أن يقع
الاختلاف بينهم على وجه يدعي البائع أكثر الثمنين أو المشتري .

أما إذا ادعى البائع أكثر الثمنين بأن قال بعتها بألف درهم والمشتري يقول اشتريتها
بألف ، والشفيع يقول اشتريتها بخمسمائة فإن المشتري مع البائع يتحالفان لاختلافهما في
الثمن فأيهما نكل ظهر أن الثمن بما يقوله الآخر يأخذها الشفيع بذلك . ولو تحالفا يفسخ
القاضي العقد بينهما ويعود إلى ملك البائع وأخذ الشفيع الدار من يد البائع بما يقوله البائع ،

وأيهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فياخذها الشفيع بذلك . وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ، وياخذها الشفيع بقول البائع ، لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع . قال وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء ، ولم يلتفت إلى قول البائع لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البيت ، وصار كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع ، وقد بيناه .

لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وهل يحلف البائع ينبغي أن لا يحلف لأنه حلف مرة وإن كان الاختلاف على وجه يدعي البائع أقل الثمنين يأخذ بقول البائع ، لأن الثمن إن كان كما قال فظاهر ، وإن كان أكثر من ذلك فقد حط الثمن عن المشتري والحط عن المشتري يكون خطأ عن الشفيع .

(وأيهما نكل) الاتين وما البائع والمشتري وأعرض عن اليمين (ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فياخذها الشفيع بذلك الثمن ، وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف) في موضعه في كتاب الدعوى (وياخذها الشفيع بقول البائع ، لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع) خصوصاً على قول العامة ، فإن من ضرورة الأخذ بالشفعة فسخ البيع الذي جرى بين البائع والمشتري ، فكان الفسخ مقراً حق الشفيع لا رافقاً ، وهذا بخلاف ما إذا باع دليلاً يمساً فاسداً ففرض القاضي بالرد حيث لا يأخذها الشفيع لعدم تعلق حقه ، أما قبل القبض فظاهر ، وكذا بعده وفقاً للقصاص .

(قال وإن كان قبض الثمن) أي قال القهوري يعني وإن كان البائع قد قبض الثمن (أخذ) أي الشفيع (يا قال للمشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع ، لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البيت ، وصار كالأجنبي ، وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه) أي بينا الحكم فيما مضى وهو أن القول قول المشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن .

ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعث الدار بألف وقبضت
الثمن يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت
الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع
فيرد عليه . ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ،
لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار
قوله في مقدار الثمن .

(ولو كان نقد الثمن غير ظاهر) ذكر هذا تقريرا على مسألة القدوري ، أى غير
معلوم للشفيع (فقال البائع بعث الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف ،
لأنه) أى البائع (لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به) أى بالإقرار بالبيع بذلك
المقدار (فبقوله بعد ذلك) أى فبقول البائع بعد الإقرار بالبيع (قبضت الثمن يريد
إسقاط حق الشفيع) أى حقه الذي تعلق بالمبيع بما قال البائع من مقدار الثمن ، لأنه إن
تحقق ذلك بقي أجنياً من العقد إذ لا ملك له ولا يد ، وحينئذ يجب أن يأخذ بما
يدعيه المشتري لما تقدم آنفاً أن الثمن إذا كان مقبوضاً أخذ بما قال المشتري ،
وليس له إسقاط حق الشفيع (فيرد عليه) أى على البائع .

(ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله) مائة ألف ويأخذها بما قال
المشتري (لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في
مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أن البيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض
الثمن ، وزعم أنه ألف فالقول قوله ، لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله ، وهذا
ظاهر لأنه لم يصير أجنياً لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالكا والله سبحانه
وتعالى أعلم .

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع .
وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع ، لأن حط البعض يلتحق
بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع ، لأن الثمن ما بقي . وكذا
إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع
عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل ، لأنه لا يلتحق بأصل العقد
بحال ، وقد بيناه في البيوع .

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

لما بين أحكام المشفوع وهو الأصل شرع في بيان ما يؤخذ به وهو الثمن ،
لأنه تابع .

(قال وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن) أى قال القدورى يعني ترك عنه
بعض الثمن إحساناً إليه (يسقط ذلك) أى بعض الثمن المحطوط (عن الشفيع) وقال
الشافعي وأحد لا يحط عن الشفيع ، لأن ذلك مبة مبتدأة لا يلتحق بأصل العقد كما
في حط الكل . واختلف أصحاب مالك فقال ابن القاسم إن كان ما حط بما جرت به
العادة يلتحق بأصل العقد ويحط عن الشفيع ، وإن كان كثيراً مما لا يجرى به العادة
بعط مثله لم يحط عن الشفيع . وقال أشهب لا يلحق الحط على الإطلاق من غير تفصيل .

(وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) أى وإن حط البائع جميع الثمن عن
المشتري لا يسقط عن الشفيع (لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق
الشفيع ، لأن الثمن ما بقي ، وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن
الشفيع حتى يرجع) أى الشفيع (عليه) أى على المشتري (بذلك القدر ، بخلاف حط
الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال) من الأحوال فلا يخرج العقد عن موضوعه ، لأنه
لو التحق بأصل العقد ، فلما أن يكون العقد مبة فلا شفعة فيها أو بيماء بلا ثمن ،
فيكون فاسداً ولا شفعة في البيع الفاسد فيؤدى إلى إبطال حق الشفيع (وقد بيناه

وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع ، لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها ، بخلاف الخط ، لأن فيه منفعة له . ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا ، كذا هذا . قال ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته ، لأنه من

في البيوع بتوفيق الله سبحانه وتعالى (أى في فصل من اشترى شيئاً مما ينقل قبل الربا . (وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع) هذا لفظ القدورى في مختصره (لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها) أى بما دون الزيادة ، ومع هذا لو أخذ بالزيادة جاز ، لأن له أن يسقط حقه (بخلاف الخط ، لأن فيه منفعة له) أى للشفيع (ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول) أراد أن هذه نظير ما إذا زاد في الثمن بعد تجديد العقد (لم يلزم الشفيع) أى بالزيادة (حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا) إلا أن في الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها (كذا هذا) أى كذا حكم ما إذا أراد المشتري بدون تجديد العقد .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيجي وإن زاد البائع في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الأول ، وكذا لو باعها المشتري من آخر بثمن أكثر من ذلك كان للشفيع أن يأخذها بالثمن الأول من المشتري الآخر على البائع الثاني بما بقي له ، وتكون المهداة على المشتري الأول . ولو رهنها المشتري وسلمها ، أو رهنها وتزوج عليها امرأة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الأولى ، وليس لأحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال ومن اشترى داراً بعرض) أى قال القدورى ، والعرض بفتح العين وسكون الراء ما ليس بنقد ، والمراد منه المتاع القيمي كالعبد مثلاً (أخذها الشفيع بقيمته لأنه من نوات القيم) أى بقيمة العرض ، لأن العرض من القيميات . وذكر في المبسوط

ذوات القيم . وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثلها لأنها
من ذوات الامثال . وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التمليك
على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن

العبد مكان العرض ، وبه قال عامة أهل العلم . وحكي عن الحسن البصري وسؤال
القاضي أنها قال لا تثبت الشفعة هاهنا ، لأنها تجب بمثل الثمن ، وهذا الأمثل له
فيقدر الأخذ فلم يثبت كما لو جهل الثمن .

وفي المبسوط قال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار لا بقيمة العرض ، لأن المبيع
مضمون بنفسه عند تعذر إيجاب المسمى كما في البيع الفاسد كما قلنا انه أخذ نوعي
الثمن فيثبت به كالمثل . ولأن القيمة مثله في المعنى فلم يتعذر أخذه ولم يعتبر قيمته يوم
الشراء ، وبه قال الشافعي وأحمد .

وحكي عن مالك أنه يعتبر قيمته حين استقرار العقد بانقضاء الخيار إذا كان
فيه خيار روية . قال أحمد لأنه وقت الاستحقاق . قلنا وقت الاستحقاق وقت الشراء .
وفي المبسوط لو مات العبد قبل أن يقبضه البائع ينقض الشراء بفوات القبض
المستحق بالعقد ، فإن العبد معقود عليه من وجه وقد هلك قبل التسليم ، وللشفيع أن
يأخذها بقيمة العبد ، وقال زفر «رح» لا يأخذها بالشفعة لانتقاض العقد من الاصل .

(وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها الشفيع بمثلها ، لأنها من ذوات الامثال)
أي لان المكيل والموزون من ذوات الامثال . وفي بعض النسخ لأنه ، أي لان كل واحد
منها (وهذا) أي أخذ الشفيع بمثلها (لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على
المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن) فان كان له مثل صورة تملكه به وإلا
فالأمثل من حيث المالية وهو القيمة . وقوله بالقدر الممكن يشير إلى الجواب عما قيل
القيمة تعرف بالحرز ، والظن فيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة ، ألا ترى أن
الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتاً بعينه كان التسليم باطلاً وهو على
شفعة الجميع لكون قيمة البيت ، فان أخذه بثمن معلوم ما يعرف بالحرز والظن ،

كما في الإلتاف والعدي المتقارب من ذوات الأمثال. وإن باع عقاراً
 بمقار أخذ الشفيع كل واحد منها بقيمة الآخر ، لأنه بدله وهو من
 ذوات القيم فيأخذها قيمته . وإذا باع بضمن مؤجل فلفشيع الخيار إن
 شاء أخذها بضمن حال ، وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها
 وليس له أن يأخذها في الحال بضمن مؤجل . وقال زفر « رح » له ذلك
 وهو قول الشافعي « رح » في التقديم لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن
 كالزينة والأخذ بالشفعة به

وروجه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبراً ، بخلاف البيت ما يعرف بالحرز ،
 فإذا أخذ بضمن معلوم ممكن فكانت الجهة مأمنة (كما في الإلتاف) أي كما إذا ألتف
 متاع آخر فانه يجب عليه مثله إن كان من ذوات الأمثال وإلا قيمته (والعدي
 المتقارب من ذوات الأمثال) كالجز والبيض ، بخلاف البطيخ والسفرجل .

(وإن باع عقاراً بمقار أخذ الشفيع كل واحد منها بقيمة الآخر لأنه بدله وهو من
 ذوات القيم فيأخذها قيمته) هذا أيضاً من مسائل القُدوري والتعليق من المصنف .

(قال وإذا باع بضمن مؤجل فلفشيع الخيار) أي قال القُدوري أراد بأجل معلوم
 إذ بالأجل المجهول يصير للبيع فاسداً ولا شفعة في البيع الفاسد (إن شاء أخذها بضمن حال ،
 وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها) وبه قال الشافعي في الصحيح . وقال مالك
 وأحمد يأخذ بالثمن المؤجل ، وبه قال الشافعي في قول وزفر واختاره أبو حامد من
 اصحاب الشافعي (وليس له) أي الشفيع (أن يأخذها في الحال بضمن مؤجل . وقال
 زفر له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله في التقديم) وقوله الصحيح كقولنا كما قد ذكرناه
 في شرح الاقطع . وقال الشافعي في التقديم يأخذها بضمن مؤجل ، فإن كان الشفيع غير
 ملي طالبه بكفيل .

(لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزينة بذلك بضمن مؤجل إلى) أي لأن كون
 الثمن مؤجلاً وصف فيه كالزينة ، يقال ثمن مؤجل كما يقال ثمن جيد وزيف (والأخذ

فياخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف . ولنا أن الأجل إنما
يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع والمبتاع
وليس الرضاء به في حق المشتري رضاء به في حق الشفيع لتفاوت
الناس في الملاة وليس الأجل وصف الثمن ، لأنه حق المشتري ،
ولو كان وصفاً لتبعه فيكون حقاً للبائع كالثمن ،

بالشفعة به) أى بالثمن (فياخذه بأصله ووصفه) أى بأصل الثمن ووصفه إذا الأجل صفة
للدين يقال دين مؤجل ودين حال (كما في الزيوف) أى كما لو اشتراها بألف زيوف فإنه
ياخذها بالزيوف .

(ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط) أى بشرط المشتري ورضاء البائع وليس هو من
مقتضى المقد (ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع) أى المشتري فلا يثبت في
حق الشفيع كالتحيار (وليس الرضاء به) أى بالأجل هذا دليل آخر تقريره لا بد في
الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضاء في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل ، لأنه ليس
الرضا (في حق المشتري رضاء به) أى بالأجل (في حق الشفيع لتفاوت الناس في
الملاة) بفتح الميم ، أى الغنى وهو مصدر من ملو الرجل . وفي العباب ملء الرجل . ويقال
ملوه مثال كرم ، أى صار ملياً ، أى ثقة فهو غنى . وملى أى ثقة فهو غنى ، وملى بين
الملا والملاء ممدودين وإلا الملاة بضم فهو الربطة . ولقائل أن يقول لما كان الرضاء شرطاً
وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشتري جميعاً ، وحيث ثبت بدونه
جاز أن يثبت الأجل كذلك ، وجوابه أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في
ثبوت الأجل .

(وليس الأجل وصف الثمن) جواب عن قول زفر رحمه الله وجهه أن وصف الشيء
يتبعه لا محالة ، وهذا ليس كذلك (لأنه حق المشتري) أى لأن الأجل حق المشتري
والثمن حق البائع (ولو كان وصفاً له لتبعه) أى ولو كان الأجل وصفاً للثمن لتبعه
ليكون حقاً لمن كان الثمن حقاً له (فيكون حقاً للبائع كالثمن) أى إذا كان كذلك

فصار كما إذا اشترى شيئاً بضمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر ، كذا هذا ثم إن أخذها بضمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل كما كان ، لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجه فصار كما إذا باعه بضمن حال وقد اشتراه مؤجلاً . وإن اختار الانتظار له ذلك لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية .

يكون الأجل حقاً للبائع كما أن الثمن حقه وليس كذلك بل الثمن حق البائع والأجل حق المشتري فلم ان الأجل ليس بوصف للثمن .

(وصار كما إذا اشترى شيئاً بضمن مؤجل ثم ولاه غيره) أي باعه قولية (لا يثبت الأجل إلا بالذكر) أي لا يثبت الأجل في حق الغير إلا بالاشتراط (كذا هذا) أي ما نحن فيه لا يثبت الأجل فيه (ثم إن أخذها بضمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشتري) أي إن أخذ الشفيع الدار من المشتري (رجع البائع على المشتري بضمن مؤجل كما كان ، لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجه) وهذا يوم أن الشفيع تملكه ببيع جديد وهو مذهب البعض كما ذكرناه ، وليس كذلك ، بل هو بطريق تحول الصفة كما هو المختار ، لكن يتحول ما كان بمقتضى العقد والأجل مقتضى الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه .

(فصار كما إذا باعه بضمن حال وقد اشتراه مؤجلاً) أي فصار حكم هذا كحكم من باع شيئاً بضمن حال ، والحال أنه قد اشتراه مؤجلاً ، فإن شرط الأجل الذي بينه وبين من نازعه لا يبطل بأحد المشتري منه حالا (وإن اختار الانتظار له ذلك) أي وإن اختار الشفيع الانتظار إلى انقضاء الأجل له ذلك ، أي الانتظار (لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية) أي لأن للشفيع ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث وزن الثمن

وقوله في الكتاب وإن شاء صبر حتى يتقضي الأجل ، مراده الصبر عن
الأخذ أما الطلب عليه في الحال ، حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند
أبي حنيفة ومحمد «رح» خلافاً لقول أبي يوسف «رح» الآخر ،
لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب وهو
متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب
عند العلم بالبيع .

تبدأ وفي إلزام الشفيع في التقيد زيادة ضرر فلا يجوز .

(وقوله في الكتاب) أى قول القموري في مختصره (وإن شاء صبر حتى يتقضي
الأجل ، ومراده الصبر عن الأخذ أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت
شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد «رح» خلافاً لقول أبي يوسف «رح» في قوله الآخر)
واحتز بقوله في قوله الآخر عن قوله الأول . روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف كان
يقول أولاً كقولهما ثم رجع وقال له أن يأخذها عند حلول الأجل وإن لم يطلب في الحال ،
لأنه لا يتمكن من الأخذ في الحال ، وفائدة الطلب التمكن منه فيؤخر الطلب إلى وقت
حلول الأجل (لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب) هذا تعطيل
لها وفيه اغلاق . وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع ، أى عند العلم به والشرط الطلب
عند ثبوت حق الشفعة ، ويجوز أن يكون تقريره هكذا والشرط الطلب عند ثبوت حق
الشفعة ، وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع ، وأما الأخذ
فإنه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر إلى انقضاء الأجل .

(وهو متمكن من الأخذ في الحال) هذا جواب عن قول أبي يوسف الآخر ، وتقريره
لا نسلم أن المقصود به الأخذ ، ولئن كان فلانسلم أنه ليس متمكن من الأخذ في الحال
بل هو متمكن منه في الحال (بأن يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيع)
أى إذا كان كذلك يشترط الطلب عند العلم بالبيع ، حتى لو سكت بطلت شفيعته
كما ذكرنا .

قال وإذا اشترى ذمي بخمر أو خنزير وشفيها ذمي

(قال وإذا اشترى ذمي بخمر أو خنزير وشفيها ذمي) أى القدوري . وقيد بقوله اشترى بخمر أو خنزير احترازاً عما اشتراه بالهيئة فإن البيع فيه باطل ولا شفعة فيه . قوله وشفيها ذمي احتراز به عما إذا كان مرتداً فإنه لا شفعة له سوى قتل على رده أو مات أو لحق بدار الحرب ولا يورثه ، لأن الشفعة لا تورث عندنا واحد ، خلافاً للشافعي ومالك إذا مات بعد الطلب ، وإن كان شفيها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير .

واعلم أن الشفعة تجب للذمي على الذمي بلا خلاف للعلماء ، وهمل يثبت لكافر على مسلم فيه خلاف . قال أحمد والحسن والشعبي لا شفعة له على مسلم لما روى الدارقطني بإسناده عن أنس أن رسول الله ﷺ قال لا شفعة لنصراني ، وعندنا والشافعي ومالك والنووي والنخعي وشريح وعمر بن عبد العزيز له الشفعة لعموم الأحاديث التي مر ذكرها في هذا الباب ، وحديث أنس ليس على عمومته ، فإذا ثبت له إذا كان شريكه نصرانياً بالإجماع مع أنه غير مشهور .

وأما الحربي المستأمن في حق الشفعة له وعليه في دار الإسلام كالذمي ، لأنه من المعاملات ، وبه التزم حكم المعاملات ، ثم إذا جرى البيع بين ذميين بخمر أو خنزير وأخذ الشفيح بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التناقض جرى بين المتبايعين دون الشفيح ووافقوا إلينا فعندنا يحكم بالشفعة وبه قال أبو الخطاب الحنبلي . وقال الشافعي وأحمد لا يحكم بها ، لأنه يبيع عقد بخمر أو خنزير ، فصار كيبيهم بالهيئة واعتقادهم حل الخمر والخنزير لا يحملها مالا .

وفي المغني اشترى الذمي عن ذمي كنيسة وبيعة فالشفيح الشفعة إذا كان من ديانتهم أن الملك لا يزول بعملهبيعة أو كنيسة ، والحربي والمستأمن في حق الشفعة كالذمي للالتزام أحكام المعاملات ، فلو اشترى الحربي في دار الحرب داراً ولحق بدار الحرب فالشفيح على شفعته متى لقيه ، لأن لحاقه كونه ، وموت المشتري لا يبطل الشفعة ، ولو اشترى مسلم في دار الحرب وشفيها مسلم ثم أسلم أهل الدار لا شفعة للشفيح ، لأن حق الشفعة من أحكام

أخذها بمثل الحر وقيمة الخنزير ، لأن هذا البيع مقضى بالصحة
فيما بينهم ، وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والحر لهم كالحل لنا ،
والخنزير كالشاة يأخذ في الأول بالمثل والثاني بالقيمة . قال وإن كان
شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الحر والخنزير ، أما الخنزير فظاهر ، وكذا
الحر لا امتناع التسليم والتسلم في حق المسلم ، فالتحق بغير المثلي .
وإن كان شفيعها مسلماً وذمياً أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة
الحر ، والذمي نصفها

الإسلام لا يجري في دار الحرب ، فكل حكم يفترق إلى القضاء يثبت ذلك في حق المسلم في
دار الحرب ، كما لو زنيا ثم خرجا لا يحكم بالحد ، وكل حكم لا يفترق إلى القضاء كصحة البيع
والشراء والاستيلاء ونفاذ العتق ووجوب الصلاة والصوم يحكم في حق من أسلم في
دار الحرب بينونة .

(أخذها بمثل الحر وقيمة الخنزير ، لأن هذا البيع مقضى بالصحة) أي محكوم بالصحة
(فيما بينهم ، وحق الشفعة يعم المسلم والذمي) لمعوم النصوص (والحر لهم كالحل لنا ،
والخنزير كالشاة ، يأخذ في الأول) وهو الحر (بالمثل) لأنه يصح ضمانه له بأقل (والثاني
بالقيمة) أي يأخذ الثاني وهو الخنزير بالقيمة لأنه لا مثل له .

(قال وإن كان شفيعها مسلماً) أي قال القدوري (أخذها بقيمة الحر والخنزير
أما الخنزير فظاهر) لأنه من ذوات القيم ، ووجوب القيمة من ذوات القيمة أمر ظاهر .
فإن قيل يشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عن الخنزير ، ولهذا لا يعشر العاشر .
من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر . وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة
بقدر الإمكان ، ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير ، بخلاف ما إذا مر على العاشر .
(وكذا الحر لا امتناع التسليم والتسلم في حق المسلم والتحق بغير المثلي) لأن المسلم لا
يجوز أن يضمن تسليم الحر في ذمته ، ويجوز أن يلزمه قيمتها لحق الذمي كما لو استهلكها
عليه (وإن كان شفيعها مسلماً وذمياً أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الحر ، والذمي نصفها

بنصف مثل الخمر اعتبار البعض بالكل، فلو أسلم الذمي أخذها بنصف
قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر، وبالإسلام يتأكد حقه، لا أن
يبطل، فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد
انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب، كذا هذا.

بنصف مثل الخمر اعتباراً للبعض بالكل (يعني لو كان كل الشعة للمسلم يأخذها كلها
بقية الخمر، فكان إذا كان نصفها له ونصفها للذمي كذلك (فلو أسلم الذمي أخذها
بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر، وبالإسلام يتأكد حقه) لأن الإسلام سبب
لتأكد حقه (لا أن يبطل) أى حقه .

(فصار) أى حكم هذه المسألة (كما إذا اشتراها) أى الدار (بكر من رطب فحضر
الشفيع بعد انقطاعه) أى انقطاع الرطب عن أبدي الناس فإنه (يأخذها) الدار (بقيمة
الرطب ، كذا هذا) أى ما نحن فيه حيث يأخذ بنصف قيمة الخمر .

فان قلت كيف يعرف قيمة الخمر والخنزير . قلت ذكر في المبسوط طريق معرفة قيمة
الخمر والخنزير الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أو الى من قاب من فسقة المسلمين، فلو
وقع الاختلاف في ذلك فالقول قول المشتري، كما لو اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن
وفيه أيضاً . ولو أسلم المتبايعين والخمر غير مقبوض والدار مقبوضة وغير مقبوضة ينقض
البيع بينهما لفوات القبض المستحق، ولكن لا تبطل في حق الشفيع . وفي الشامل اشترى
بيعته تجب الشعة فيها ، لأنها لم تصر وقفاً عند أبي حنيفة ، وعندها أيضاً ، لأنه ليس
بباج . وقال أيضاً باع المرتد داراً ثم قيل لا شعة فيها عند أبي حنيفة خلافاً لها . وقال
أيضاً اشترى المسلم داراً والمرتد شفيهما فقبل لا شعة له ولا لورثته .

★ ★ ★

فصل

قال وإذا بنى المشتري أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء كلف المشتري قلعه . وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك ، وبه قال الشافعي

(فصل)

هذا الفصل مشتمل على مسائل بغير المشفوع ، وهي فرع مسائل غير المتغير ، فلذلك أجزأها .

(قال وإذا بنى المشتري أو غرس) أي قال القدوري ، أي إذا بنى في الأرض المشفوعة أو غرس فيها شجراً (ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار) أي الشفيع بالخيار (إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس) أي مقلوعين (وإن شاء كلف المشتري قلعه) أي قلع كل واحد من البناء والغرس ولا يضمن ما نقض بالقلع ، وعند الشافعي ومالك وأحمد وابن أبي ليلى والشمي والأوزاعي والبي وسوار وإسحاق والليث يضمن له ما نقض بالقلع لمعوم قوله ﷺ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

(وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس) أي قائمين على الأرض غير مقلوعين (وبين أن يترك ، وبه قال الشافعي) أي بقول أبي يوسف قال الشافعي وقال الكرخي في مختصره وإذا اشترى الرجل داراً وهي ساحة فبناها ثم جاء شفيعها فطلبها بالشفعة فعلم له بها فإن المشتري يقال له إقلع بناءك وسلم الساحة إلى الشفيع ، وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد ، وهي رواية محمد عن أبي يوسف وهي رواية ابن مماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف . وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أن المشتري لا يجبر بقلع البناء ويقال للشفيع خذ الدار بالثمن وقيمة البناء أو اترك ، وهو قول الحسن بن زياد انتهى .

إلا أن عنده له أن يقطع ويعطي قيمة البناء . لأبي يوسف «رح» أنه
حق في البناء ، لأنه بناء على أن الدار ملكه ، والتكليف بالقطع
من أحكام العدوان ، وصار كالموهوب له

وقال القدوري في شرحه الخلاف في الفرس كخلاف في البناء . وقال الإمام الاسييجابي
في شرح مختصر الطحاوي ومن اشترى داراً وقبضها وهي فيها بناء وغرس في الأرض
أشجاراً ثم حضر شقيعها فإن القاضي يقضى له بالشفعة ويأمر المشتري بنقض البناء وقطع
الأشجار التي أحدث فيها ، إلا إذا كان في قلبها نقصان بالأرض وأراد الشفيع أن يأخذها
مع البناء والاغراس بقيمتها قائمة على الأرض ، غير مقلوعه وإن شاء ترك ، وبه أخذ
الشافعي رحمه الله .

ولو أن المشتري زرع في الأرض ثم حضر الشفيع فإن المشتري لا يجبر على قلبه
بالإجماع ، ولكنه ينظر إلى وقت الإدراك ثم يقضى للشفيع ، ولو جعلها المشتري مسجداً
أو مقبرة يدفن فيها الموتى ، أو ربطاً ثم جاء الشافعي كان له أخذها وإبطال كل ما
صنع المشتري فيها .

(إلا أن عنده) أى عند الشافعي (له أن يقطع ويعطي قيمة البناء) والحاصل أن
عند أبي يوسف إن شاء أخذه بقيمة البناء والفرس ، وإن شاء ترك . وعند الشافعي له
خيارات ثلاث ، اثنان ما قال أبو يوسف ، والاخران يؤمر بقطع البناء ويضمن إرث
النقصان والتفاوت بين قول الشافعي وقولهما في الامر بالقطع أن عنده يضمن نقصان
القطع ، وعندهما لا يضمن .

(لأبي يوسف أنه حق) أى أن المشتري حق (في البناء لأنه بناء على أن الدار
ملكه) كما لو بنى فيها لا شفعة فيه (والتكليف بالقطع من أحكام العدوان) أى
الظلم ، لأنه غير متمتع في الفرس والبناء ، لأنه فعل في ملكه (وصار كالموهوب له) أى
صار المشتري هنا كالموهوب له إذا بنى في الأرض الموهوبة فإنه ليس لرواهب أن يكلفه
القطع ، ويرجع في الأرض . وقال تاج الشريعة أى إذا بنى الموهوب له ما لا يعد زيادة

والمشتري شراء فاسداً . وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع ،
وهذا لان في إيجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل
الأولى ، فيصار إليه . ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به
حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن

بأن بنى دكاناً صغيراً فإنه لا يمنع عن رجوع الكل ولا يؤمر بقلع ما بنى وغرس لأنه
محق فيه ، فكذا المشتري (والمشتري شراء فاسداً) أى وصار كالمشتري شراء فاسداً
إذا بنى أو غرس فيه انقطع حق البائع ويأخذ من المشتري قيمة الارض وقت القبض ،
وليس له أن يقطع الاشجار والبناء ، وعلى قولهما يسترد المبيع ويقلع البناء والاشجار ،
فكذا المشتري إذا بنى في المشفوع ليس للشفيع أن يقطع ذلك قياساً على قول أبي
حنيفة لأنه محق في البناء .

(وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع) يعني الشفيع لا يكلف قلع الزراعة
بالإتفاق (وهذا) أى ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس (لأن
في إيجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين ويتحمل الأدنى ، فيصار إليه) يعني اجتمع
بينهما ضرران أحدهما على الشفيع وهو ضرر زيادة الثمن عليه في الاخذ مع قيمة
البناء ، والثاني ضرر على المشتري وهو ضرر قلع بنائه من غير شيء كما قاله أبو
حنيفة ومحمد « رح » . ثم الضرر الذي يلزم الشفيع أهون من الضرر الذي يلزم المشتري ،
لأنه يدخل في ملكه بمقابلة الزيادة عروس ، وهو البناء والغرس وهو القول بالقلع من غير
شيء فبطل ملك المشتري بلا عوض فكان ضرر الشفيع أهون ، فكان القول به أولى وهو
معنى قوله فيصار إليه .

(ووجه ظاهر الرواية انه بنى) أى أن المشتري بنى (في محل تعلق به) أى بالمحل
(حق متأكد للغير) أى حق لا يتمكن أحد من إبطاله بدون رضاه (من غير تسليط
من جهة من له الحق) احتارز به عن بناء الموهوب له وعن بناء المشتري شراء فاسداً
حيث لم ينقض ، لأن بناءهما بتسليط من جهة من له الحق ، وهما الشفيع ما سلطه
على البناء (فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون) حيث بنى في محل تعلق به حق

إذا بني في الموهون ، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته . بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة ، لأنه حصل بتسليط من جهة من له الحق ، ولأن حق الاسترداد فيها ضعيف ، ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى

المرتبه من غير تسليط من جهة ، أى إذا كان كذلك فينقض .

(وهذا) أى نقض البناء بحق الشفيع (لأن حقه) أى حق الشفيع (أقوى من حق المشتري ، لأنه يتقدم عليه) أى لأن الشفيع يتقدم على المشتري (ولهذا) أى ولتقدمه عليه وكون حقه أقوى منه (ينقض بيعه) أى بيع المشتري (وهبته وغيره من تصرفاته) أى ما ذكر من تصرفاته كإيجارته وجعله مسجداً أو مقبرة أو نحوها ، فكذا تنتقض تصرفاته بناء وغرساً (بخلاف الهبة) جواب عن قياس قول أبي يوسف على الموهوب له إذا بني في الموهوب حيث لا يكون للواهب حق قلع البناء ، وهو متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق ، يعنى أن الواهب إنما لا ينقض بناء الموهوب له لأنه حصل بتسليط فينقطع حق الرجوع بالبناء والشفيع لم يسلط المشتري على البناء فينقضه فظهر الفرق .

(وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) عطف على قوله بخلاف الهبة ، يعنى إن المشتري شراء فاسداً إنما لا ينقض البائع بناءه لوجود التسليط فيه . وإنما قيد بقوله عند أبي حنيفة لأن عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد إذا بني المشتري في المشتري إنما هو قوله وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية (لأنه) أى لأن البناء في الموهوب والمشتري شراء فاسداً (حصل بتسليط من جهة من له الحق) وهو البائع في الشراء ، والواهب في الموهوب (ولأن حق الاسترداد فيها ضعيف) عطف على قوله لأنه حصل ، أى في الهبة والبيع الفاسد (ولهذا) ولكون حق الاسترداد ضعيفاً فيها (لا يبقى بعد البناء ، وهذا الحق) أى في حق الشفيع (يبقى

فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق . والزرع يقطع قياساً ،
وإنما لا يقطع استحساناً لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس
فيه كثير ضرر .

فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الإستحقاق) يعني إذا ثبت التكليف بالقطع فلا معنى
لإيجاب القيمة على الشئ ، لأنه بمنزلة المستحق ، والمشتري إذا بنى أو غرس ثم
استحق يرجع المشتري بالثمن وقيمة البناء والغرس على البائع دون المستحق ،
فكذلك ما هنا .

وقال الكاكي قوله فلا معنى لإيجاب القيمة على الشئ لتأكد حقه كما لا يجب
على المستحق قيمة بناء المشتري بأن يرجع المشتري بقيمة البناء على البائع . وقال الأتوزي
عند قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء فيه نظر ، لأن الاسترداد بعد البناء في الشراء
القاسد إنما لا يبقى على منذهب أبي حنيفة لا على منذهب أبي يوسف ، فكيف يحتاج
بمنذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ، ولأبي يوسف أن يقول هذا مذهبه لا مذهبي
وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء القاسد . وأجيب بأنه يكون على غير
ظاهر الرواية ، أو لأنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافها .

فإن قيل لو صبغ المشتري المشعوعة بأن أجرى بها بأشياء ثم أخذها الشئع إن شاء
أعطاه ما زاد فيها ، وإن شاء ترك . والمسألة في العيون في الفرق بين البناء والصبغ .
قلنا هو أيضاً على الاختلاف ، ولو كان على الاتفاق ففرق محمد فقال البناء إذا نقض لا
يلحق المشتري ضرر ، لأنه يسلم له النقض ولا كذلك إذا نقض للصبغ ، إليه أشار
في النخبة .

(والزرع يقطع قياساً) جواب عن قوله وكما إذا زرع المشتري ، أي القياس يقتضي
أن الزرع أيضاً يقطع ، لأنه يشغل ملك الغير (وإنما لا يقطع استحساناً ، لأن له نهاية
معلومة ويبقى بالأجر) بتشديد القاف كما في الإجارة ، وبه قال بعض أصحاب
الشافعي . وعن أبي يوسف أنه يبقى بلا أجر ، لأن المشتري مالك الأرض ، وإيجاب
الأجر على المالك غير مستقيم ، وبه قال أحمد وبعض الشافعية . قلنا في إيجاب أجر

وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً كما بيناه في الغصب
ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحق رجوع بالثمن ،

المثل رعاية للحقن كما في الإجارة (وليس فيه) أى في تأخير الزرع (كثير ضرر)
على الشفيع ، وذلك لأن فى القلع إضرار بالمشتري ، وفى التأخير إلى الادراك بتأخير
حق الشفيع وضرر المتأخر دون ضرر الإبطال ، فكان بمجمعه أحق .

فإن قيل فلم يجب عن قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة وقع على الضررين . أجيب
بأن قوله وهذا لأن حق الشفيع أقوى من حق المشتري تضمن ذلك ، لأن الترجيع
يدفع أعلى الضررين بالأهون إنما يكون بعد المساواة ، لأن حق الشفيع مقدم .

(وإن أخذه بالقيمة) هذا معطوف على مقدار دل عليه التخيير ، وتقديره
الشفيع بالخيار إن شاء كلف القلع ، وإن شاء أخذه بالقيمة ، فإن كلفه فذاك وإن
أخذه بالقيمة (يعتبر قيمته مقلوعاً) وعند أبي يوسف يعتبر قيمته قائماً على الأرض كما
ذكرناه (كما بيناه فى الغصب) يعنى إن الفاصب إذا بنى أو غرس فى المقصوبة يؤمر
بقلع البناء والغرس ، فإن كانت الأرض تنقض بقلع البناء والغرس للمالك أن يضمن
قيمتها مقلوعين للفاصل .

(ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحق رجوع بالثمن) هذا لفظ
القدوري ، أى ولو أخذ الشفيع الدار المشفوعة فبنى فيها بناء أو غرس شجراً ثم
ظهر لها مستحق فأخذها رجوع الشفيع بالثمن لا غير . وقال الكرخي في مختصره
وإذا اشترى الرجل داراً فأخذها الشفيع بالشفعة فبناها ثم استحق الدار فإن
المستحق يأخذ الدار فيقال للشفيع اهدم بناءك ، ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء ،
كأن أخذ الدار من يده ولا على البائع إن كان أخذها من يده لأنه ليس بمفسرور ، هو
ادخل نفسه في الأخذ بالشفعة وأجبر من كانت في يده على تسليم ذلك ، وهذه الرواية
المشهوره وهي رواية محمد في الأصل ، ولم يحك عن أحد من أصحابنا خلافاً . وروى
بشر بن الوليد عن أبي يوسف سئل عن رجل اشترى داراً فأخذها رجل بالشفعة
فاستحق الدار في يده وقد بنى فيها على من يرجع بقيمة البناء ؟ قال على الذى قبض

لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على
البائع إن أخذا منه ، ولا على المشتري إن أخذا منه . وعن
أبي يوسف أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزلاً منزلة البائع والمشتري ،
والفرق على ما هو المشهور إن المشتري مغرور من جهة البائع
ومسلط عليه . من جهته ، ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع
من المشتري ، لأنه مجبور عليه .

التمن ، وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أن الشفيع يرجع على المشتري
بقيمة البناء (لأنه تبين أنه) أى الشفيع (أخذه بغير حق ، ولا يرجع بقيمة البناء
والغرس لا على البائع إن أخذا منه) أى إن أخذ الدار منه (ولا على المشتري)
أى ولا يرجع على المشتري أيضاً (إن أخذا منه) .

(وعن أبي يوسف أنه يرجع) بقيمة البناء والغرس أيضاً (لأنه متملك عليه) أى
على المشتري (قال نزل منزلة البائع والمشتري) ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع
على البائع بالتمن وقيمته البناء ، فكذلك الشفيع (والفرق على ما هو المشهور) من
الرواية (أن المشتري مغرور من جهة البائع وسلطه ^(١) عليه) أى سلط البائع على
المشتري على البناء أو الغرس (ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري
لأنه مجبور عليه) يعني التزم البائع سلامة المبيع عن الاستحقاق ، فصار المشتري
مغروراً من جهة ولا غرور في حق الشفيع لأنه تملك على صاحب اليد جبراً بغير
اختيار منه فلا يرجع ، كجارية اشتراها الكفار أجروها بدرام ثم أخذها المسلمون
فوقعت في سهم غاز فأخذها المالك القديم بالقيمة فيستولدها فجاء مستحق وأقام
بينة أنها أمته دبرها قبل الأسر ردت عليه لأنها لا تملك بالإحراز ويضمن المالك القديم
ثمن العقر وقيمة الولد ، ويرجع على الفازي بقيمتها التي دفع إليها ولا يرجع بقيمة الولد
والعقر ، لأن المأخوذ منه مجبور على الدفع فلا يصير غاراً .

(١) مسلط - هامش .

قال وإذا إنهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان
بغير فعل أحد فالشفيح بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن ، لأن
البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلها
شيء من الثمن ما لم يصر مقصوداً

وكذا لو قسمت الدار بين اثنين فبنى أحدهما ثم استعقت حقه لا يرجع عليه
بقية البناء ، لأن كلا منها غير على القسمة . بخلاف الدارين فإنه لو اقتسما وبين
أحدهما في دار نصيبه ثم استعقت فإنه يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء ، لأنه
بمنزلة البيع ، وكذا في الإيضاح والمبسوط .

(قال وإذا إنهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان من غير فعل
أحد فالشفيح بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن) قال القدوري قيد بقوله من غير
فعل أحد لأنه إذا هدمها المشتري فإنه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً ، وعلى قيمة
الأرض ، فما أصاب الأرض يأخذها الشفيح بذلك ، وكذلك لو نزع باباً من الدار
فباعه هكذا ذكر الكرخي في مختصره . وقال القدوري في شرحه وأما إذا هدمه
المشتري أو هدمه أجنبي أو أنهدم بنفسه فلم يهلك فإن الشفيح يأخذ الأرض بحصتها ،
فإن احترق بغير فعل أخذها الشفيح بكل الثمن ، وللشافعي قولان ، أحدهما يأخذها
بجميع الثمن بالبيع ، والآخر يأخذها بالحصّة في الجميع (لأن البناء والغرس تابع حتى
دخلا في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلها شيء من الثمن ما لم يصر مقصوداً) أي لا
يقابل البناء والغرس . وفي بعض النسخ فلا يقابله ، أي كل واحد منهما ، وبه قال
الشافعي في قول وأحد في رواية ، وهو رواية المزني وهو الأصح .

وفي رواية البويطي والزعفراني والربيع عنه يأخذ بالحصّة ، وبه قال أحمد في رواية
والثوري ، وأصله أن الثمن بمقابلة الأصل دون الأوصاف عندنا ، وعنده في قول يقابلها
شيء من الثمن ، وعندنا البناء وصف ، ولهذا يدخل في المقصد من غير ذكر ، وهذا
لأن قيام البناء بالأرض كقيام الوصف بالموصوف ، فكانت بمنزلة العين في الجارية ، وأنها

ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة ، بخلاف ما إذا غرمه
نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفائت بعض الأصل
قال وإن شاء ترك لأن له أن يمتنع عن تملك

وصف ، وفوات الوصف لا يسقط شيئاً من الثمن إذا كان بأفة سماوية لان الثمن
بمقابلة الأصل دون الوصف . والدليل على انه لم يسقط شيء من الثمن انه لو أراد أن
يبيعه مرابحة يبيعه على الجميع .

فإن قلت الظرف إنما جعل وصفاً من العبد ونحوه لأنه لا يجوز إيراد العقد عليه
مقصوداً ، أما هنا إيراد العقد على البناء مقصوداً جائز فيجب أن يعتبر أصلاً كالمرسة ،
ويجب بمقابله شيء من الثمن . قلت إنما يجوز إيراد العقد على البناء بشرط القلع ،
وعند ذلك يصير أصلاً ، أما إيراد العقد عليه وهو تبع فلا يجوز ، لانه بمنزلة العين
من العبد .

(ولهذا) أى ولكون البناء والغرس تابعين ، وعدم مقابلتها شيء من الثمن ما لم
يصيرا مقصودين (يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة) أى يبيع الدار المنهدمة
مرابحة ، بجميع الثمن في الصورة المذكورة ، لانه لم يقابل ما انهدم من الثمن فيبيعها
بجميع الثمن (بخلاف ما إذا غرمه نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته) بلا خلاف ،
والتقييد بالنصف لا لإخراج غيره ، لان الحكم في الثلث وغيره كذلك ، ذكره في
المبسوط ، إلا أن المصنف اتبع وضع المبسوط .

وقال القدوري في شرحه وقد ادعى الشافعي على أبي حنيفة في هذه المسألة
مناقضة فقال ، وقال بعض الناس إذا هدم المشتري البناء سقطت حصته ، وإن احترق
لم يسقط حصته ثم ناقض فقال إذا غلب الماء بعض الأرض أخذ من المشتري الباقي
بحصته ، ثم قال القدوري وهذا غلط ، لان الأرض ليس بعضها يتبع لبعض ، فإذا
لم يسلم الشفيع سقطت حصتها بكل حال ، والبناء تبع للأرض . فإذا سلم المشتري
حصته وإن لم يسلم له يسقط (لأن الفائت بعض الأصل) فيقابلة شيء من الثمن .

(قال وإن شاء ترك) أى قال القدوري وإن شاء الشفيع يترك مال الدار (لان له
أن يمتنع عن تملك الدار بماله) يعني بموض ، ولكن لا يقدر وإذا كان بغير عوض كالإرث

الدار بماله . قال وإن نقض المشتري البناء قيل الشفيع إن شئت
فخذ العرصة بحصتها ، وإن شئت فدع ، لأنه صار مقصوداً بالإتلاف
فيقابلة شيء من الثمن ، بخلاف الأول ، لأن الهلاك بأقاة سلبية .
وليس للشفيع أن يأخذ النقض ، لأنه صار مفصلاً فلم يبق تبعاً

(وإن نقض المشتري البناء) أى قال القمورى (قيل للشفيع إن شئت فخذ العرصة
بحصتها ، وإن شئت فدع ، لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن ،
بخلاف الاول) أى الفصل الاول وهو فصل الهلاك من غير فعل احد (لان الهلاك بأقاة
سلبية) يعنى غير منسوبة لأحد .

(وليس للشفيع أن يأخذ النقض) بضم التون وكسرهما يعنى المتقوض ، وقيل
بكسرهما لا غير . وفي شرح الاقطع قال الشافعي في أحد قوله يأخذ الانقاض مع
العرصة وهذا لا يصح (لانه صار مفصلاً فلم يبق تبعاً) أى صار مما يحول ويتقل ،
ومثل ذلك لا يتعلق به الشفعة ، وإنما تنطق الشفعة حال الاتصال على وجه التبع ، وقد
زال ذلك فلا يجوز له أخذه بغير سبب .

فإن قيل الاستحقاق يثبت له فيها حين العقد ، وكان له أخذ كل ما يتناوله عقد
البيع قيل له الابنية تنطق بها الشفعة حال اتصالها ، فإذا انتهت زال المعنى الذى أوجب
استحقاقها . وقال شيخ الاسلام في شرح الكافي وإذا اشترى داراً ففرق بناؤها أو
احترق وبقيت الارض لم يكن للشفيع أن يأخذها إلا بمثل الثمن ، وكذلك لو كانت
قناة أو بئراً فنضب ماؤها ، ولو هدمها المشتري قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة
البناء يوم وقع الشراء وأخذ الارض بحصتها من الثمن ، وكذلك إن كان البائع قد
استهلك البناء ، وكذلك لو استهلكه أجنبي فأخذ المشتري منه القيمة .

ولو اختلفا في قيمة البناء فقال المشتري قيمته خمسمائة وقيمة الارض خمسمائة فلك
أن تأخذها بنصف الثمن . وقال الشفيع بل كان قيمته ألف درهم وقد سقط هلاكه
ثلثا الثمن فالقول قول المشتري ، لان الشفيع مدعى فلك الدار عليه بما يقول وهو

قال ومن ابتاع أرضاً وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيح بثمرها ، ومعناه
إذا ذكر الثمر في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر ، وهذا الذي
ذكره استحسان . وفي القياس لا يأخذه لأنه ليس بتبع ، ألا ترى أنه

ينكر فالقول قوله . ولو أقام البينة فالبينة بينة الشفيح في قول أبي حنيفة على قياس
نكتة أبي يوسف رحمه الله تعالى ، أي بينة تلزمه . وعلى قياس محمد يجب أن تكون
البينة بينة المشتري لأنه لا يمكن تصوير الأمرين جميعاً ، بخلاف ما إذا اختلفا في أصل
التمن ، وعلى قول أبي يوسف البينة بينة المشتري لأنه للزيادة .

وإن اختلفا في قيمة الأرض يوم وقع الشراء نظر إلى قيمة اليوم وقيمة الثمن عليها ،
لأنه متى كانت قيمته يوم المنازعة معلومة ، ووقت الشراء قريب منه ، والظاهر أنه هكذا
يوم الشراء ، فكان الظاهر شاهداً له فيكون القول قوله .

(ومن ابتاع أرضاً) أي قال القدوري ومن اشترى أرضاً (وعلى نخلها ثمر) أي والحال
أن على نخلها ثمر (أخذها الشفيح بثمرها ، ومعناه) أي معنى قول القدوري أخذها
الشفيح بثمرها (إذا ذكر الثمر في البيع لأنه لا يدخل من غير ذكر) جملة القول فيه على
ثلاثة أوجه ذكرت في شرح الكافي . أما إذا كانت الثمرة موجودة عند العقد أو حدثت
بعد العقد قبل القبض ، أو حدثت بعد القبض . فإن كانت موجودة عند العقد وقد شرط
في العقد ثم أكله المشتري وذهب بأقفة سماوية سقط بقسطه من الثمن ، لأنه دخل في العقد
مقصوداً فأخذ قسطاً من الثمن فيأخذ الأرض والنخل بما بقي من الثمن إن شاء . وإن
حدثت بعد العقد قبل القبض أما ذهبت بأقفة سماوية لا يسقط بذهابها شيء من الثمن ،
وإن أكله هو وغيره أو وجده ولم يأكله سقط بمحضه شيء من الثمن ، وكذلك إن بقي إلى وقت
القبض ثم ذهب أو تناوله هو أو غيره ، وإن حدثت بعد القبض فأكلها أو ذهب بأقفة
سماوية لأنه لا يسقط بإزائه شيء من الثمن وله أن يأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن .
(هذا الذي ذكره) أي القدوري (استحسان ، وفي القياس لا يأخذه) وبه قال

أحمد والشافعي فهو للمشتري فيبقى في الجذاذ كالزرع وكذا الثمرة المهدئة في يد المشتري
كان له ويبقى إلى الجذاذ عندهما ، وقول مالك كقولنا (لأنه ليس بتبع) للأرض (ألا

لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار . وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار ، وما كان مركباً فيه فيأخذه الشفيع . قال وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأنمر في يد المشتري ، يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعاً لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع . قال فإن جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً ، لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصلاً عنه ، فلا يأخذه .

تري أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار (أى فأشبه المتاع الموضوع في الدار المبيعة فإنه لا يدخل في البيع من غير ذكر ، لأنه ليس بتبع ، فكذا هذا .) وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار (حيث تكون تبعاً للدار باعتبار الاتصال) وما كان مركباً فيه (أى في المشفوع كالأبواب والسوار المزكية (فيأخذه الشفيع) أى إذا كان كذلك فيأخذه الشفيع .)
(قال وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمر) أى قال المصنف وكذلك الحكم إن اشترى الأرض والحال انه ليس في النخيل ثمر (فأنمر في يد المشتري ، يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعاً لأن البيع سرى إليه) أى إلى الثمر (على ما عرف في ولد المبيع) يعني إذا قدرت ولدت قبل قبض المبيعة المشتري يسرى حكم البيع إليه فيكون المشتري كأنه ، فكذلك هنا الثمر الحارث في يد المشتري قبل قبض الشفيع يكون للشفيع ، لأن المشتري كالبايع منه .

(قال فان جذه المشتري) أى قال المصنف فان قطعه المشتري ، وفي بعض النسخ فان أخذه المشتري (ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً) أى فصل ما إذا ابتاع أرضاً وفي نخيلها ثمر . وفي فصل ما إذا ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأنمر في يد المشتري (لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصلاً عنه فلا يأخذه) لأن التبعية كانت فيه وقد زال .

قال في الكتاب فإن جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته . قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الأول ، لأنه دخل في البيع مقصوداً فيقابلة شيء من الثمن ، أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لأن الثمر لم يكن موجوداً عند العقد ، فلا يكون مبيعاً إلا تبعاً ، فلا يقابلة شيء من الثمن ، والله أعلم

(قال في الكتاب فإن جذه المشتري سقط) أي قال القنوري فإن جذه المشتري سقط (عن الشفيع حصته ، قال وهذا جواب الفصل الأول) أي قال للصف هذا الذي ذكره القنوري جواب الفصل الأول ، وهو ما إذا ابتاع أرضاً على ثمنها ثمر (لأنه دخل في البيع مقصوداً فيقابلة شيء من الثمن ، أما في الفصل الثاني) وهو ما إذا ابتاعها وليس في الثمن ثمر أو ثمر في يد المشتري فأخذه (يأخذ) أي الشفيع (ما سوى الثمر بجميع الثمن ، لأن الثمر لم يكن موجوداً عند العقد ، فلا يكون مبيعاً إلا تبعاً ، فلا يقابلة شيء من الثمن) وهذا جواب ظاهر للرواية وعن أبي يوسف في قوله الأول يأخذها بحصتها من الثمن في الفصل الثاني ، وفي الإيضاح ولو أثمرت في يد البائع بعد البيع قبل القبض فأنقذه البائع يرفع حصته ، لأن ما حدث قبل القبض له حصة من الثمر على اعتبار صيرورتها مقصودة بالقبض أو بالإتلاف . وعند الشافعي وأحمد يرفع حصته من الثمن في جميع الصور (والله سبحانه وتعالى أعلم) .

* * *

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار . وإن كان مما لا يقسم . وقال الشافعي
لا شفعة فيما لا يقسم ،

(باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

أي هذا باب في بيان ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب . ولما ذكر تمقب الشفعة مجملًا
شرح في بيانه مفصلاً ، والتفصيل يكون بعد الإجمال .

(قال الشفعة واجبة) أي قال القدوري ، وأراد بالوجوب الثبوت لا الوجوب الذي
يكون تاركه آثمًا (في العقار) وهو كل ما له أصل من دار أو ضيعة . وقال الكرخي في
مختصره الشفعة واجبة في جميع ما يبيع من العقار دون غيره بسنة رسول الله ﷺ الدور
والمنازل والحوانيت والحانات والفنادق والمزارع والبساتين والأقربة والأرجاء والحمامات
وسائر العقار إذا وقع البيع على عرصته إن كانت في مصر أو نحوه أو سواء أو غير ذلك من
أرض الإسلام إذا كان ذلك مملوكًا لا يجوز بيع مالكة فيه ، فكان البيع بيعاً قاطعاً
ليس فيه خيار شرط ، وإن كان فيه خيار شرط وكان الشرط المشترط لا لبائعه ففيه
الشفعة ، وإن كان لبائعه أولها فلا شفعة فيه ، انتهى (وإن كان) أي العقار (مما لا يقسم)
كالحمام والرحى والنهر والبئر والطريق .

(وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم) وبه قال مالك وأحمد في رواية وإسحاق وأبو
ثور ، ويقولنا قال مالك في رواية وأحمد في أخرى وابن شريح من الشافعية ، وهو قول
الثوري أيضاً . ولو كان البئر واسعة يمكن أن يبني فيها ويجعل بئرين والحمام كثير البيوت يمكن
جمعه حمامين أو يمكن أن يجمع كل بيت بيتين ، أو الطاحونة كبيرة تجعل طاحونتين
الكل واحدة حجران يثبت فيها الشفعة عند الشافعي على الأصح ، وبه قال أحمد وإن لم

لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة ، وهذا لا يتحقق
فيما لا يقسم . ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء ،
عقار أو ربح ،

يكن كذلك وهو الغالب في هذه المقارنات فلا شفعة فيها على الأصح ، كذا في
شرح الوجيز .

لهم قوله ~~لا شفعة~~ لا شفعة في بناء ولا طريق ولا منقبة ، والمنقبة الطريق الضيق ،
رواه ابن الخطاب . وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال لا شفعة في بئر ولا نخل . ولنا
حديث جابر عنه عليه السلام الشفعة في كل شيء على ما يأتي الآن . وحديث أبي الخطاب غير معروف
وحديث عثمان يمكن أن يكون مذهبه إن ثبت ، والشفعة شرعت لدفع ضرر سوء الجوار ،
وهذا يشمل الكل .

(لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة) وهو الضرر الذي يلحق الشريك بأجرة
القسم (وهذا) أى دفع مؤنة القسمة (لا يتحقق فيما لا يقسم) فلا تجب الشفعة فيه .
(ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء ، عقار أو ربح) هذا الحديث رواه اسحاق بن
راهويه في مسنده أخبرنا الفضل بن موسى ثنا أبو حمزة السكري عن عبد العزيز بن ربيع
عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الشريك شفع ، والشفعة في
كل شيء . وروى الطحاوي في شرح الآثار حدثنا محمد بن خزيمة بن راشد حدثنا يوسف
ابن عدي حدثنا ابن ادريس وهو عبد الله الأودي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس
قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شيء .

ومن جهة الطحاوي ذكره عبد الحق في أحكامه وزاد في إسناده هو القراطيسي ،
يعني يزيد بن عدي . وقال ابن القطان وهو وهم منه ، ليس في كتاب الطحاوي ولكنه
قلد فيه ابن حزم وقد وجدنا لابن حزم في كتابه كثيراً من ذلك ، مثل تفسيره حماد بأنه
ابن زيد ويكون ابن سلمة . والراوي عنه موسى بن اسماعيل وتفسيره شيبان بأنه فروخ
وإنما هو النحوي وهو قبيح . فلأن صفتها ليست واحدة ، وتفسيره داود عن الشعبي بأنه
الطائي وإنما هو ابن أبي هند ، ومثل هذا كثير قد بيناه وضمناه باباً مفرداً فيما نظرنا في

إلى غير ذلك من العمومات ، ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك ،
والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وأنه ينتظم القسمين
ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام ، والرحى

كتابه المحلى . والقراطيسي إنما هو يوسف يروي عن مالك بن أنس وغيره . وروى عنه
الرازيان قاله أبو حاتم ووثقه ، وهو أبو زرعة ، وأما يوسف بن يزيد أبو يزيد القراطيسي
فهو أيضاً ثقة جليل مصري ذكره ابن يونس في تاريخه ، توفي سنة سبع وثمانين ومائتين ،
وقد رأى الشافعي ، ومولده سنة سبع وثمانين ومائة .

قوله عقار يدل مولد له شيء وقد فسرنا العقار . والربع المنزل الشتاء والصيف في
الربيع . وقيل الدار . ويجمع على ربوع وأرباع وأربع ورباع . وأصله من أربع بالمكان
إذا أقام به . وفي الجهرة الربع المنزل في الشتاء والصيف ، والربع المنزل في الربيع ،
ويقال الربع الدار حيث كانت (إلى غير ذلك من العمومات) هذا حال من قوله عليه السلام ،
والتقدير ولنا قوله عليه السلام كذا وكذا منتبهاً إلى غيره من النصوص العامة المتناولة لما يقسم
ولما لا يقسم ، والعمومات جمع عموم جمع عام وهي الأحاديث التي مرت فيما مضى .

(ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك) أى الاتصال بين المالكين (والحكمة دفع
ضرر سوء الجوار) أى الحكمة في مشروعيتها دفع ضرر السوء الحاصل بسبب الجوار ،
لأن الاتصال على وجه التأييد والقرار لا يقرر عن ضرر الدخيل بسبب ، سوء الصحبة
وأذى المجاورة (على ما مر) في أوائل كتاب الشفعة (وأنه) أى دفع ضرر سوء الجوار
(ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم) قوله ما يقسم وما لا يقسم تفسير للقسمين ،
ويحوز أن يكون حفظها من الاعراب النصب على البدلية ، ويحوز أن يكون الرفع على
تقدير أحدهما ما يقسم والآخر ما لا يقسم (وهو) أى ما لا يقسم (الحمام) بتشديد
الميم واحد الحمامات المبنية ، وأصله من الحميم وهو الماء الجاري .

(والرحى) والمراد به بيت الرحى ، لأن الرحى اسم للعجر ، ومنه يقال رحوت
الرحى ورحيتها أنا إذا أدرتها . قال الجوهري الرحى معروفة مؤنثة ، والألف منقلبة

والبشر والطريق . قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه
السلام لا شفعة إلا في ربيع أو حائط ، وهو حجة على مالك في
إيجابها في السفن .

من الياه بقومها رحيان ، وكل من قد قال رحاء ورحاء إن وارحية مثل عطاء وعطا إن
واعطيته جعلها منقلبة من الواو ، ولا أدري ما حجته وما صحته وثلاث ارح ، والكثير
ارحاء . وقال الصنعاني في جمع البحرين يقال في تشنية الرحى رحوان كما يقال رحيان ،
وتكتب بالياه والألف .

(والبشر والطريق) وكذا النهر والدور والصفار ، والحاصل أن المراد بما لا يقسم أى
لا ينتفع به بعد القسمة الحسبية مثل انتفاعه قبل القسمة ويفوت جنس الانتفاع كما في
الحمام لأنه لا يحتمل التجزئ . والقسمة في ذاته لأنه ما من شيء في الدنيا إلا ويحتمل
التجزئ في نفسه .

(قال ولا شفعة في العروض والسفن) أى قال القدورى في مختصره والعروض بضم
العين جمع عرض ، وهو ما ليس بنقد وقد مر تفسيره من قريب ، والسفن بضمين جمع
سفينة (لقوله ﷺ لا شفعة إلا في ربيع أو حائط) هذا الحديث رواه البزار في مسنده
ثنا عمرو بن علي ثنا أبو عاصم ثنا ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه قال ،
قال رسول الله ﷺ لا شفعة إلا في ربيع أو حائط ، ولا ينبغي له أن يبيع حتى يستأمر
صاحبه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك . وقال لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر .
والمعجب من الاترازي مع ادعائه التعمق في الحديث كيف له أن ينسب هذا الحديث إلى
مخرجه بل قال ولنا في صحة هذا الحديث نظر وسكت ومضى ، على أن أبا حنيفة أيضاً
رواه عن عطاء عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ لا شفعة إلا في دار أو عقار ،
أخرجه البيهقي في سننه الكبرى . والربع قد مر تفسيره ، والمراد بالحائط البستان
ويجمع على حيطان .

(وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن) أي الحديث المذكور حجة على مالك في

ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على
الدوام ، والمالك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا
يلحق به . وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل إذا
بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الأصل ، لأنه لا قرار له
فكان نقلياً

إيجابه الشفعة في السفن فإنه قال في رواية أن الشفعة تثبت في جميع المنقولات كالحيوان
والثياب والسفن ونحوها . وعن أحد في رواية وتثبت الشفعة فيما لا يقسم كالبحر والسيف
والحيوان وما في معنى . وعنه في رواية أخرى أنها تثبت في البناء والغرس أن يبيع
منفرداً ، وهو قول مالك . وقال الأسبجاني في شرح الكافي ولا شفعة إلا في الأرضين
والندور حيث لا يثبت إلا في المنقول . وقال ابن أبي ليلى يثبت في المنقول . وقال
القنطوري في شرحه وقال مالك يثبت في السفن أيضاً .

(ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والمالك في المنقول لا
يدوم حسب دوامه في العقار) أي قدر دوامه وهو بفتح الحاء وسكون السين ، وقيل
يحوز بفتح السين أيضاً واختاره الجوهري حتى قال إنما يسكن للضرورة . وفي الباب
وحسب بالتحريك وهو فعل بمعنى مفعول مثل نقص بمعنى منقوص . ومنه قولهم ليكن
عملك بحسب ذلك ، أي على قدر عدده . قال الكسائي يقال ما أدري ما حسب حديثك
ما قدر ، وربما سكن في ضرورة الشعر (فلا يلحق به) أي إذا كان كذلك فلا يلحق
المنقول بغير المنقول .

(وفي بعض نسخ المختصر) أي مختصر القنطوري (ولا شفعة في البناء والنخل إذا
بيعت دون العرصة) بفتح العين وسكون الراء وهو كل بقعة من الدار واسعة ليس فيها
بناء ، والجمع العراص والعرصات والأعراس ، كذا في الباب (وهو صحيح) أي
المذكور في بعض نسخ المختصر وهو الصحيح (مذكور في الأصل) أي المبسوط (لأنه لا
قرار له ، فكان نقلياً) أي البناء أو النخل . والشفعة إنما تجب في الأراضي التي يملك

وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة

رقابها ، حق ان الأراضي التي جازها الإمام لبيت المال ، ويدفع إلى الناس مزارعة ، فصار أهم فيها بناء وأشجار ، فلو بيعت هذه الأراضي فبيعها باطل . وبيع البناء والشجر يحوز ، ولكن لا شفعة فيها . وكذا لو بيعت دار يجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف ولا يأخذها المتولي .

وكذا إذا كانت الدار وقفاً على رجل فلا يكون للوقوف عليه الشفعة بسبب هذه الدار ، كذا في الذخيرة والمغني ، ولا يلزم على هذا استحقاق العبد المأذون والمكاتب الشفعة ولا ملك لها في رقبة الأرض ، لأن استحقاقها فيها التصرف بالبيع والشراء قام مقام الشفعة ملك الرقبة كما قال أبو حنيفة فالشفعة للمشتري الذي له الخيار إذا بيعت دار يجنب تلك الدار المشتراة ، مع انه لا يقول اما للملك . وعند الثلاثة لا شفعة لشركة الوقف وإن كان الموقوف عليه معيناً . وفي المشتري الذي له الخيار يثبت له الشفعة كما سيجيء إن شاء الله تعالى .

(وهذا بخلاف العلو) أى عدم وجوب الشفعة في البناء ، بخلاف العلو (حيث يستحق بالشفعة) أى صاحب السفلى يأخذ بالشفعة . وقال الكرخي في مختصره وان يبيع سفلى عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو هلو جبت فيها الشفعة بيعاً جميعاً أو كل واحد منهما على انفراد . وقال أبو يوسف إن وجوب الشفعة في السفلى والعلو استحسان ، روى ذلك عنه ابن سباعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد . وقال القدوري في شرحه أما إذا بيعا جميعاً فلا شبهة فيه ، لأنه باع العرصه بحقوقها لتعلق الشفعة بجميع ذلك ، وأما إذا باع السفلى دون العلو لقوله ﷺ لا شفعة إلا في ربيع ، ولأن المساوي يخاف فيها على وجه الدوام . وأما العلو فلأنه حق متعلق بالمنفعة على التأييد وهو كنفس البقعة ، والذي قاله أبو يوسف من الاستحسان إنما هو في العلو .

وكان القياس أن يجب فيه الشفعة لأنه لا يبقى على وجه الدوام ، وإنما استحسنوا لأن حق الوضع متناجد^(١) فهو كالعرصة ، وقد قال محمد في الزيادات ان العلو إذا انهدم

(١) هكذا رسم الكلمة في الاصل .

ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه ، لأنه بما له
من حق القرار التحق بالعقار . قال والمسلم والنمي في الشفعة سواء

ثم بيع السفل فالشفعة واجبة لصاحب العلو عند أبي يوسف ، ولا شفعة عند
محمد ، فأجرى أبو يوسف حق الوضع وإن لم يكن هناك بناء مجرى الملك ، لأنه حق ثابت
على التأييد كنفس الملك . وذكر محمد « رح » في الزيادات أن من باع علواً فاحترق قبل
التسليم بطل البيع ، ولم يحك خلافاً . قال ابن شاهر به هذا ينبغي أن يكون قوله
خاصة ، وأما على قول أبي يوسف فيجب أن لا يبطل البيع لبقاء حق الوضع ، ألا ترى
أنه أجراه مجرى العرصة في إيجاب الشفعة ، الكل من شرح القدوري .

(ويستحق به الشفعة في السفل) أى بالعلو الشفعة في السفل بالجوار ، وليس
بشريك إذا لم يكن بطريق العلو في السفل ، كذا في الإيضاح (إذا لم يكن طريق
العلو فيه) أي في السفل ، وهذا لبيان أن استحقاق الشفعة فيه بسبب الجوار لا بسبب
الشركة ، وليس لبيان أن الشفعة لا تجب إذا كان طريق العلو فيه ، بل تجب الشفعة ثمة
أيضاً لكن بسبب الشركة لا بالجوار ، حق يكون مقدماً على إيجار الملازق .

ألا ترى إلى ما نص الكرخي في مختصره وقال لو أن رجلاً له علو في دار وطريقه في
دار أخرى إلى جنبها فباع صاحب العلو علوه فأصحاب الدار التي فيها الطريق أولى
بالشفعة ، انتهى ، وذلك لأنهم شركاء في الطريق وصاحب الدار التي فيها العلو جاز ،
والشريك في الطريق أولى من الجار . ولو ترك صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملاصق
أخذه بالشفعة مع صاحب السفل ، لأن كل واحد منهما جار للعلو والتساوي في الجوار ،
فوجب التساوي في الشفعة ، كذا ذكره القدوري (لأنه بما له من حق القرار التحق
بالعقار) أى لأن العلو الذي له حق التعلّي التحق بالعقار فتجب فيه الشفعة .

(قال والمسلم والنمي في الشفعة سواء) وبه قال مالك والشافعي ، وأكثر أهل العلم .
وقال أحمد وابن أبي ليلى والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز لا شفعة للكافر على مسلم .
ولنا ما أشار إليه بقوله واحتجوا بما رواه الدارقطني عن أنس أنه ﷺ قال لا شفعة لكافر
على مسلم ، أشار إليه بقوله (للعمومات) أى بعمومات الأحاديث التي مر ذكرها .

للعومات ، ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ، ولهذا يستوى فيه الذكر والأنثى ، والصغير والكبير ،

وحديث الدارقطني غريب لم يثبت ، ولا يعارض بعموم قوله سبحانه وتعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ ، لأن المراد نفي السبيل حكماً لا حقيقة ، ونفي السبيل بالاستحقاق يراد بالإجماع فلا يراد غيره ، لأن مقتضى لا عموم له .

(ولأنها) أي المسلم والذمي (يستويان في السبب) وهذا اتصال الملك (والحكمة) وهي دفع الضرر (فيستويان في الاستحقاق) أي في استحقاق الشفعة (ولهذا) أي ولأجل ما ذكرنا من الاستواء في السبب والحكمة والاستحقاق (يستوي فيه) أي في الاستحقاق (الذكر والأنثى ، والصغير والكبير) وفي المبسوط قال ابن أبي ليلى لا شفعة في الصغير ، يروى هذا عن التخمي والحارث المكي ، لأن الصبي لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الإضرار بالمشتري .

وليس للمولى الأخذ ، لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ لعامة العومات . ولأن سبب الاستحقاق والشركة والجوار فيستوي فيه الصغير والكبير ، والصبي محتاج إلى الأخذ لدفع الضرر في الثاني الحال ، وإن لم يكن في الحال والولي يملك الأخذ كالرد بالعيب نظراً له ، وإنما لم يملك العفو لأن فيه إسقاط حقه وفيه ضرر . وفي المبسوط يثبت حق الشفعة للعمل الذي لم يولد ، لأنه من أهل الملك بالإرث ، حتى لو وضعت الحبل حملها وقد ثبت نسبة شرك الورثة في الشفعة ، وإن كان الوضع بعد البيع لأكثر من ستة أشهر . وكذا لو كان من أهل البدع له الشفعة عند العامة كالفاسق بالأعمال . وعن أحمد لا شفعة لفلاة الروافض الذي يحرم بكفرهم ، لأنه لا شفعة لكافر على مسلم .

وقال الكرخي في مختصره فأهل الإسلام في استحقاق الشفعة وأهل الذمة والمستأمنون من أهل الحرب والعبيد المأذون لهم في التجارة والأحرار والمكاتبون والمعتق بعضهم في وجوب الشفعة لهم وعليهم سواء . وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم أو وجب عليهم من ذلك سواء ، والخصماء فيما يجب على الصبيان آباءهم فإن لم يكونوا فأوصياء الآباء ، فإن لم يكونوا فالأجداد من قبل الأب ، فإن لم يكونوا فأوصياء الأجداد ، فإن لم

والباعى والعاقل والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً . قال وإذا
ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة ، لأنه أمكن مراعاة
شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمته على
ما مر . قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالغ
المرأة بها أو يستأجر بها داراً

يكونوا فالإمام والحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم ، وأهل العدل وأهل البغي في الشفعة
أيضاً سواء .

(والباعى والعاقل والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً) قيد بقوله إذا كان
مأذوناً ، لأنه إذا لم يكن مأذوناً فلا شفعة له ، وإذا كان بائع الدار غير المولى يستحق
المأذون الشفعة بلا خلاف . وإذا كان البائع مولاه يأخذ بالشفعة أيضاً إذا كان عليه
دين ، كذا في المبسوط ، وقياس قول الثلاثة أن يأخذ كما لو لم يكن عليه دين .

(قال وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) أي قال القدوري ، قيد
بقوله بعوض لأنه إذا ملكه بالهبة والصدقة والوصية والإرث لا شفعة له عند عامة أهل
العلم منهم الأئمة الثلاثة . وحكي عن مالك رواية في المنتقل بصدقة أو هبة فيه الشفعة ،
وبه قال ابن أبي ليلى ويأخذ الشفيع بقيمته . وقيد بقوله هو مال احترازاً عما إذا لم يكن
مالاً كالبينة ، فإن البيع باطل فلا شفعة فيه (لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو
التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة) فيما لا مثل له كالكيل والموزون والمقدور
المتفاوت (أو قيمته) أي فيما لا مثل له وهو الذي يتفاوت آحاده (على ما مر) في فصل
ما يؤخذ به المشفوع بقوله ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته . وإن اشترى
بكيل أو موزون أخذها بمثله .

(قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها) أي قال القدوري ، وذلك بأن
جمل الدار صداقها فلا شفعة فيها ، لأن سببها غير السبب بسبب ويملك به التملك (أو
يخالغ المرأة عليها) بأن تعطي المرأة الدار لزوجها لتخالغ عليها (أو يستأجر بها داراً)

أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يسئ عليها عبداً ، لأن
الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا . وهذه الأعواض
ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع ،
وعند الشافعي تجب فيها الشفعة ، لأن هذه الأعواض متقومة عنده

بأن يحمل الدار أجرة للدار المستأجرة (أو غيرها) أي أو يستأجر بها غير الدار ، بأن
جعلها أجرة عبد أو حانوت أو رحي (أو يصالح بها عن دم عمد) بأن يحمل الدار بدل
الصلح عن دم العمد (أو يعتق عليها عبداً) بأن قال لعبدك أعتقتك على هذه الدار (لأن
الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا) أراد به قوله لأنه أمكن مراعاة
شرط الشرع ... إلى آخره . فإن قلت أليست الفدية حصلت بذلك حتى ذكر قوله لأن
الشفعة ... إلى آخره ، وهذا تكرار . قلت لأن هذا دليل مستقل ذكره استظهاراً
وإن كان الأول كافياً .

(وهذه الأعواض) في تزوج الرجل على الدار وخلع المرأة عليها وجعلها أخذه في
الإجارة وعوض الصلح عن دم العمد والعق عليها (ليست بأموال ، فإيجاب الشفعة
فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع) وبه قال أحمد في الظاهر والحسن والشعبي وأبو
نور وابن المنذر .

(وعند الشافعي تجب فيها الشفعة) أي في هذه الأشياء ، وبه قال مالك وأحمد في
رواية ابن حامد عنه وابن شبرمة وابن أبي ليلى والحارث العكلي ، ثم اختلفوا بكم يأخذه ،
فقال مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذه بقيمة النقص ، لأن لو أوجبنا عليه مهر المثل
لتقومنا البضع على الأجانب . وقال الشافعي وأبو حامد والعكلي أخذه بالمهر في التزوج
والخلع والمتعة ، بأن صالح على متعتها لأن البدل فيها الأمثل له ، فيأخذ بقيمة البدل وهي
المهر (لأن هذه الأعواض متقومة عنده) أي عند الشافعي ، إذ التقويم حكم
شرعي لجمع هذه الأشياء مضمونة لهذه الأعواض . وضمن الشيء قيمة
ذلك الشيء .

فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة ، لأنه لا عوض فيها رأساً ، وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهرأ أو ما يضاهيه ، لأنه لا شفعة عنده إلا فيه . ونحن نقول أن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الإجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة . وكذا الدم والعرق غير متقوم ، لأن القيمة

وكذا المنافع عنده متقومة كالأعيان ، فإذا جعل الدار عوضاً عن البضع أو نحوه وقد تعذر على الشفيع الأخذ به فيأخذ بقيمته وهو مهر المثل ، كما لو اشترى بعبد وهو معنى قوله (فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها) أي بمثل هذه الأشياء ، فيأخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزوج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق (كما في البيع بالعرض) بأن باع الدار بالعرض فإن الشفيع فيه يأخذ بالقيمة لتعذر المثل .

(بخلاف الهبة ، لأنه لا عوض فيها رأساً) يعني بالكلية والشفعة لا يكون إلا فيما فيه عوض (وقوله يتأتى) أي قول الشافعي يتحقق (فيما إذا جعل شقصاً) أي نصيباً (من دار مهرأ) إذ لا شفعة عنده في العقار إلا في الشقص (أو ما يضاهيه) أي أو جعل ما يضاهي المهر ، أي يشابهه بأن جعل شقصاً من الدار بدل الخلع أو الإجارة أو بدل الصلح أو بدل العتق (لأنه لا شفعة عنده إلا فيه) أي لأن الشأن لا شفعة عند الشافعي إلا في الشقص من العقار ، لأنه لا يرى الشفعة بالجوار .

(ونحن نقول أن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها) أي غير منافع البضع (بعقد الإجارة ضروري) إثابة لخطر المحل وصوناً لهذا المقدع عن السببية بالإباحة فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة (فلا يظهر) أي التقوم (في حق الشفعة) لأن الضروري يتمعذر ولو بقدر الضرورة .

(وكذا الدم والعرق غير متقوم) إنما أفردهما بالذكر لأن تقومهما أبعد ، لأنها ليسا بمالين فضلاً عن التقوم ، واستدل على ذلك بقوله (لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى

ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ، ولا يتحقق فيهما .
وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرأ ، لأنه بمنزلة
المفروض في العقد في كونه مقابلاً للبضع . بخلاف ما إذا باعها
بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال .

الخاص المطلوب) وهو المالية ، لأن القيمة إنما سميت بها لقيامها مقام الغير ، وإنما تقوم
مقام الغير باعتبار المالية لا بغيرها من الأوصاف كالجوهرية والجسمية وغير ذلك ، ولا
مالية في الدم والعرق .

فإن قلت الدار تضمن بالقيمة والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى ، وكذا الثوب
المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد ويضمنان بالقيمة . قلت بل المعنى الخاص
منها المالية لكن طريق الانتفاع يختلف فينتفع بالدار والسكنى . وفي الغلام بالخدمة
واختلاف طرق الانتفاع لا ينافي كون المعنى الخاص من المشفع به هو المالية ، والدليل
عليه أن من ألتف ثوب إنسان أو قلاء نساء دار إنسان يضمن قيمتها ولا ذلك إلا باعتبار
المالية ، وقد لا يكون الدار للسكنى والثوب للبس .

(ولا يتحقق فيها) أي لا يتحقق المعنى الخاص المطلوب في الدم والعرق ، لأن
العرق اسقاط وإزالة الدم ليس لحق الاستيفاء وليس من جنس ما يتمول به ويدخر (وعلى
هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرأ) أي لا يجب فيها الشفعة ، وهذا لبيان
أن للفرض عند العقد وبعده سواء في كونها مقابلاً للبضع (لأنه بمنزلة المفروض في العقد
في كونه) أي في كون المفروض بعد العرق (مقابلاً للبضع) يعني إنها جملاً هذه الدار
مهرأ فيكون مقابلة البضع فيكون مبادلة مال بما ليس بمال ، فلا يجري فيها الشفعة .

فإن قلت هذا معاوضة بمهر المثل لأنه لما وقع التزوج بغير مهر وجب مهر بمال فيجري
فيها الشفعة . قلت إنها جملاً الدار مهرأ لا بدلاً عن مهر المثل ، ولا بد للمبادلة من جمل
أحد الشئين بدلاً والآخر مبدلاً منه ، والعين مبدل فلا يكون بدلاً .

(بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى) يعني يجب فيه الشفعة (لأنه مبادلة

ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار
عند أبي حنيفة «رح» . وقالوا تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية
في حقه ، وهو يقول معنى البيع فيه تابع ، ولهذا ينقذ بلفظ
النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل ، فكذا
في التبع ، ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة ، حتى أن
المضارب إذا باع داراً

مال ببال) لا عالة . وفي شرح الكافي ولو صالحها من مهرها على الدار أو صالحها عليه بما
يجب لها المهر فالشفيع فيها الشفعة ، لأنه حينئذ يكون عوضاً عن المهر فيكون تبعاً
حقيقة . وقال في الشامل صالحه على دار من جراحة خطأ تجب الشفعة ، لأن
الواجب المال .

فإن قلت كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل . قلت جاز أن يكون معلوماً
عندهما ، ولأنه جهالة في الساقط فلا يفضي إلى المازعة فلا يفسد البيع .

(ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة)
هذا في مسائل الأصل ، ذكرهما تقريراً على مسألة القدوري ، قوله في جميع الدار ، أي
شيء منها (وقالوا تجب في حصة الألف) أي يقسم الدار على مهر مثلها وألف درهم فما
أصاب الألف تجب فيه الشفعة ، وبه قال أحمد (لأنه مبادلة مالية في حقه) أي فيما يخص
الألف (وهو يقول) أي أبو حنيفة (معنى البيع فيه تابع) للنكاح (ولهذا ينقذ بلفظ
النكاح) لكون المقصود وهو النكاح (ولا يفسد بشرط النكاح فيه) أي لو كان البيع
أصلاً يفسد بشرط النكاح ، كما لو قال بعث منك هذه الدار بألف على أن تزوجني نفسك
مني (ولا شفعة في الأصل) وهو نفس الصداق (فكذا في التبع) وهو البيع .

(ولأن الشفعة) دليل آخر وفيه إشارة إلى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة ،
وأما أن تكون هي المقصود فممنوع . ووجهه أن الشفعة (شرعت في المبادلة المالية
المقصودة) وهنا المقصود هو النكاح دون مبادلة المال بالمال (حتى أن المضارب إذا باع

وفيه ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعاً فيه . قال أو يصالح عليها بإنكار ، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة . قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح ، أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله عليها ، لأنه إذا صالح عليها

داراً وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح (بأن كان رأس المال ألفاً فاتجر وربح ألفاً ثم اشترى بالألفين داراً في جوار رب المال ثم باعها بالألفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حق المضارب من الربح (لكونه تابعاً فيه) أي لكون الربح تابعاً لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لأن المضارب وكيل رب المال في البيع ، وكل من بيع له لا تجب الشفعة له ، فكذا لا تجب في البيع .

وفي الإيضاح والمغني فلو باع المضارب داراً عن المضاربة ورب المال شفعيها لشفعة ، سواء كان في الدار ربح أو ضرر ، وهذا بخلاف ما لو اشترى داراً ورب المال شفعيها أخذها رب المال وإن وقع الشراء له ولكن في الحكم كأنه مال ثالث . ألا يرى أنه يقدر أن ينزعه من يده . وفي شرح الكافي ولو باع المضارب داراً من غير المضارب كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار له من المضاربة ويكون له خاصة لأنه جار بدار المضاربة . ولو باع رب المال داراً له خاصة والمضاربة شفعيها بدار المضاربة ، فإن كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لأنه جار يقدر نصيبه ، وإن لم يكن فيها ربح لم يأخذها لأنه ليس لها جوار .

(قال أو يصالح عليها بإنكار ، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة) أي قال القدوري ، أي أو يصالح على الدار . والقدوري عطف هذا على قوله أو يعق عليها عبداً ، وهذه المسألة مختلفة الألفاظ في النسخ ، والخطأ فيها من النسخ ، كذا في شرح الأقطع ، ولهذا قال صاحب الهداية (قال هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر) أي القدوري (والصحيح أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله عليها لأنه إذا صالح عليها

بانكار بقيت الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه .
وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال اقتداء
ليمينه وقطعاً لشغب خصمه . كما إذا أنكر صريحاً بخلاف ما إذا
صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي ، وإنما استفاده بالصلح

بانكار بقيت الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه (يعني أن المدعي عليه ينكر
مبادلة المال بالمال ، ويزعم أنه بقي عليه قديم ملكه ، وإنما بذل المال لدفع الخصومة .
بيان ذلك أنه إذا صالح عليها يجب فيها الشفعة ، سواء كان الصلح عن إقرار أو
إنكار أو سكوت ، لأن في زعم المدعي أنه يأخذها عوضاً عن حقه . وكذا المدعي
عليه يعطيها عوضاً عن المال الذي يدعى عليه فتجب الشفعة ، لأنه مبادلة مالية مقصودة ،
بخلاف ما إذا صالح عنها بانكار حيث لا تجب فيها الشفعة ، لأن في زعم المصالح أن
الدار ملكه ، وإنما دفع المال اقتداء ليمينه فلم يملكها بعوض ، فكذا إذا صالح منها
بسكوت فلا تجب الشفعة أيضاً ، لأنها لا نعلم أنه يملكها بعوض الجوار أنه دفع المال اقتداء
ليمينه وقطعاً لشغب الخصم ، فلا تجب الشفعة بالشك . وهذا بخلاف ما إذا صالح عنها
باقرار حيث يجب فيها الشفعة ، لأنه مقر به ملكها بالمال المصالح عليه . ألا ترى أنهم
قالوا لو استحق المصالح عليه ، والصلح مع سكوت رجع المدعي بالدعوى . ولو كان
الصلح مع إقرار بالدار فبان الفرق بينها .

(وكذا إذا صالح عنها بسكوت) لأنه ، أي وكذا لا شفعة فيما إذا صالح عن الدار
بسكوت (لأنه يحتمل أنه بذل المال اقتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه) قال السفناقي
في العباب الشغب بسكون الغين المعجمة يهيج الشر ، لا يقال شغب يعني بالتحريك .
واقْتداء وقطعاً منصوبان على التعليل (كما إذا أنكر صريحاً) حيث لا شفعة فيه .

(بخلاف ما إذا صالح عنها بالإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي) لأنه مقر بأنه
ملكها بالمال المصالح عليه وقد مر التحقيق مستوفى (وإنما استفاده) أي الملك
(بالصلح ، فكان مبادلة المالية) فوجب فيه الشفعة (أما إذا صالح عليها) أي على

فكان مبادلة مالية . أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك ، لأنه أخذها عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه . قال ولا شفعة في هبته لما ذكرنا إلا أن تكون بعوض مشروط ، لأنه يبيع انتهاء .

الدار (بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك) أى في الأحوال الثلاث (لانه) أى المدعي (أخذها) أى أخذ الدار (عوضاً عن حقه في زعمه) أى في زعم المدعي (إذا لم يكن) أى العوض (من جنسه حقه) أى من جنس حقه قيد به لانه إذا كان من جنس حقه بأن صالح على بيت من دلوه فإنه أخذ عين حقه فلا يكون معاوضة وقد مر في الصلح فلا تجب الشفعة (فيعامل بزعمه) أى بزعم المدعي بفتح الزاي وخمها ، يقال زعم زعماً وزعماً ، أى قال من باب نصر ينصر . وأما زعم بكسر العين معناه طمع فمصدره زعم بالتحريك .

(قال ولا شفعة في هبته) أى قال القدوري لا شفعة في هبته ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وابن أبي ليلى فيها الشفعة بقيمة الموهوب ، وكذا عندها الشفعة في الصدقة بالقيمة (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله بخلاف الهبة ، لانه لا عوض فيها رأساً (إلا أن تكون بعوض مشروط) في عقد الهبة (لانه) أى لان عقد الهبة بشرط العوض (يبيع انتهاء) لانه هبة ابتداء .

واعلم أن الهبة على عوض ، فإن كان وجد فيه التقابض وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة فيه . وقال زفر تجب الشفعة بالمقد كما ذكره القدوري في شرح مختصر الكرخي بقوله قالت الثلاثة وهذا بناء على أن الهبة بشرط العوض يبيع ابتداء وانتهاء عند زفر ، وعندنا تبرع ابتداء يبيع انتهاء حتى لا يجبر على التسليم . ولا يملك قبل القبض ولا يصح في المشاع ولا تثبت فيه الشفعة ، فإذا تقابضا إلا أن يثبت أحكام البيع ، وصورته أن يقول وهبت هذا الملك على أن تعوض كذا . وأجمعوا على أنه لو قال وهبت هذا لك بكذا إنه يبيع ، كذا في المختلف .

ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً ،
لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة ، بخلاف ما إذا لم يكن
العوض مشروطاً في العقد ، لأن كل واحد منها هبة مطلقة ، إلا
أنه أثيب منها فامتنع الرجوع . قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة
للشفيع ، لأنه يمنع زوال الملك عن البائع . فإن سقط الخيار وجبت
الشفعة ، لأنه زال المانع عن الزوال

(ولا بد من القبض) أى فى العوضين (وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً
لأنه هبة ابتداء) فالشروع بمنعها (وقد قررناه في كتاب الهبة) بشرط العوض انها تبرع ابتداء
ومعاوضة انتهاء فى كتاب الهبة (بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً فى العقد)
يعنى لا تثبت الشفعة حينئذ أصلاً لا فى الموهوب ولا فى العوض (لأن كل واحد منها)
أى من الهبة والعوض (هبة مطلقة) عن العوض ، لأن الاول هبة أثيب عليها ، والثاني
أمر فى إبطاله حق الرجوع لا أن يكون عوضاً عن الاول حقيقة . ولهذا أعطى
عشرة دراهم لمن أعطاه درهماً عوضاً عن ذلك جاز . ولو كان عوضاً لم يحز لأنه يكون ربا
فلا تثبت الشفعة . بخلاف ما إذا كان العوض مشروطاً لأنه يصير تبعاً من كل وجه عند
القبض ، لأنه مشروط أيضاً فيثبت أحكام البيع .

فان قلت انه هبة ابتداء ويصير بيعاً بالقبض ، فلا يكون نظير المقبوض . قلت نعم
ولكن الشفعة تتعلق بالبناء ، فمن هذا الوجه يصير مثل المقبوض فتجب الشفعة بطريق
الدلالة . (إلا انه أثيب منها فامتنع الرجوع) أى الا أن الواهب عوض من الهبة فامتنع
رجوعه عنها ، لان امتناع الرجوع لمكان التعمييض فلا يصير به تبعاً .

(قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) أى قال القدوري (لأنه) أى لأن
خيار البائع (يمنع زوال الملك عن البائع) والشفعة تجب بخروج البيع عن ملك البائع ،
فصار كالإيجاب بلا قبول (فإن سقط الخيار وجبت الشفعة ، لأنه زال المانع) وهو
عدم خروج المبيع عن ملك البائع بواسطة الشرط (عن الزوال) أى زوال الشفعة .

ويشترط الطلب عند سقوط الخيار، في الصحيح لأن البيع يصير سبباً
لزوال الملك عند ذلك . وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة
لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق

وقال تاج الشريعة ، أي زوال ملك البائع أراد أنه زال ملك البائع فوجبت الشفعة لتعلقها
به . وقال الأسبجاني في شرح الطحاوي ، ولو كان الخيار لهما جميعاً فلا شفعة فيها أيضاً
لأجل خيار البائع . ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فيها أيضاً ، لأنه لما شرط
الخيار للشفيع صار كأنه شرط لنفسه ، فإن أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته ،
لأن البيع من جهة الشفيع تم فصار كأنه باع . وإن فسخ فلا شفعة له أيضاً ، لأن ملك
البائع لم يزل ولكن الحيلة له في ذلك أن لا يبيع ولا يفسخ حتى يبيع البائع البيع ، أو يحوز
بعضي المدة فعينئذ له الشفعة . وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الدرك عن
البائع والشفيع حاضر فضمن جاز البيع لا شفعة له ، لأن البيع تم بضمانه فلا شفعة له لأنه
ترك منزلة البائع . ولو أن المشتري اشترى داراً وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام
كان للشفيع الشفعة ، لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع
وجوب الشفعة .

(ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) احترز به عن قول بعض المشايخ
أنه لا يشترط الطلب عند وجود البيع ، لأنه هو السبب ، والأصح أنه يشترط عند سقوط
الخيار (لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك) أي عند سقوط الخيار ، أراد سبباً
هو علة ، لأن البيع بشرط الخيار قبل انقضاء المدة سبب يشبه العلة ، وليس بعلة . وإنما
يصير علة عند سقوط الخيار فيشترط الطلب عند ذلك كما في البيع البات يشترط
الطلب عقبه .

(وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) هذا أيضاً من ألفاظ القدوري وجبت
الشفعة (لأنه) أي لأن خيار المشتري (لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق) وبه قال
أحمد في وجهه والشافعي في قول ، وهو رواية المزني . وفي شرح الوجيز وهذا هو الأصح

والشفعة تبتني عليه على ما مر ، وإذا أخذها في الثلاث وجب البيع
لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع ، لأنه ثبت بالشروط
وهو للمشتري دون الشفيع . وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار
لأحدهما فله الأخذ بالشفعة ، أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي

عند عامة الأصحاب . وقال أحمد في ظاهر مذهبه والشافعي في قول لا تسقط الشفعة
لشفعته إلا بعد سقوط خيار المشتري كما في خيار البائع ، وهو رواية عن أبي حنيفة وهو
قول مالك في الحلية واختاره أبو إسحاق المروزي من أصحابنا ، وهو رواية الربيع .
قيدها بالاتفاق لأن الإختلاف هل يدخل في ملك المشتري ، أو لم يدخل فعندهما يدخل
خلافاً لأبي حنيفة ، وقد عرف في موضعه (والشفعة تبتني عليه) أي على زاول الملك
(على ما مر) في أول باب الشفعة وهو قوله والوجه فيه إنما تجب الشفعة إذا رغب البائع
من ملك الدار ... إلى آخره .

(وإذا أخذها في الثلاث) أي إذا أخذ الشفيع الشفعة في مدة الخيار التي هي الثلاث ،
وقيد بالثلاث ليكون على الاتفاق (وجب البيع لعجز المشتري عن الرد) وإذا ذكرنا هذا
لأن المشتري بخيار الشرط لو رد المبيع بحكم الخيار قبل الأخذ بالشفعة لم يثبت البيع
وينفسخ من الأصل ، فحينئذ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة ، لأن هذا ليس بالقالة هل
انفسخ من الأصل ، فكان السبب منعداً في حقه من الأصل إليه أشار في المبسوط (ولا
خيار للشفيع) أي لا يثبت الخيار الذي كان للمشتري للشفيع ، وإن كان انتقال
إضافة الضعف من المشتري إلى الشفيع (لأنه ثبت بالشرط) أي لأن الخيار ثبت
بالشرط ، كإسمه (وهو) أي الخيار كان (للمشتري دون الشفيع) أي لم يكن
للشفيع فلا يثبت له .

(وإن بيعت دار إلى جنبها) أي إلى جنب الدار المشفوعة (والخيار لأحدهما) أي
والحال أن الخيار لأحد المتعاقدين (فله الأخذ بالشفعة) أي الخيار للبائع فالشفعة له ، وإن
كان للمشتري (أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها) حق إذ الخيار منع خروج

يشفع بها ، وكذا إذا كان للمشتري وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده .

ملكه ، فإن أخذها بالشفعة كان نقصاً لبيعه ، لانه قدر ملكه وإقدام البائع على ما
يقدر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع ، لانه لو لم يحمل نقضاً لبيعه ملكاً إذا جاز البيع
فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فيتبين أنه أخذ
الشفعة بغير حق .

(وكذا إذا كان للمشتري) أي وكذا الحكم إذا كان الخيار للمشتري يعني له الأخذ
بالشفعة (وفيه إشكال) أي وفي ثبوت الخيار للمشتري إشكال وهو أنه لا يثبت له
المالك عند أبي يوسف كيف يأخذها بالشفعة ، وقد كان البلخي يدعي المناقضة على أبي
حنيفة رحمه الله حيث قال إذا كان الخيار للمشتري لا يملك البيع ، وها هنا نقول بقولنا
خذ الشفعة وهو مستلزم للمالك وحل الاشكال إن طلب الشفعة يدل على اختياره المالك
فيها ، لان ما يثبت إلا بدفع ضرر سوء الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط
الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً .

فإن قلت الملك الثابت في ضمن طلب الشفعة يكون بطريق الإسناد فيثبت من وجه
دون وجه . قلت نعم إذا انعقد الإجماع على الاستناد وها هنا ليس كذلك فإن عنده
يثبت الملك بطريق الاقتضاء . وعندهما يكون الملك للمشتري فصار الملك مجتهداً فيه
فيثبت قطعاً ، بخلاف ما إذا باع بشرط الخيار ثم بيعت داراً يجنبها ثم أجاز البائع وقت
البيع ، وإجازة البيع دليل إعراضه عن الشفعة . فلو أخذ المشتري يكون حق الشفعة
بملك الغير . وأما في مسألتنا فيملك نفسه فافترقا .

(أوضحناه في البيوع فلا نعيده) أوضحنا الاشكال في البيوع . قال في النهاية هذه
الحالة في حق الاشكال غير راتجة بل فيه جواب الإشكال وهو قوله ومن اشترى داراً
على أنه بالخيار فبيعت دار يجنبها ... إلى آخره . وقيل إذا كانت الحالة في حق جواب
الإشكال راتجة كانت في حق السؤال كذلك ، لان الجواب يتضمن السؤال . وقيل لم
يقل في بيع هذا الكتاب فيجوز إن كان أوضعه في بيع كفاية المنتهي .

وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع ، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها
حيث لا يبطل خياره يأخذ ما يبيع بجنبها بالشفعة ، لأن خيار
الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته . ثم إذا حضر
شفيح الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه
في الأولى حين بيعت الثانية . قال ومن ابتاع داراً شراء فاسداً
فلا شفعة فيها .

(وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع) أي وإذا أخذ المشتري المبيعة كان إجازة منه
للبيع الذي كان له فيه الخيار (بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) أي بخلاف ما إذا اشترى
المشتري الدار الأولى والحال أنه لم يرها (حيث لا يبطل خياره بأخذ ما يبيع بجنبها
بالشفعة ، لأن خيار الرؤية لا يبطل) خياره (بصريح الإبطال) قبل وجود الرؤية ،
لأن بطلانه موقوف على وجودها (فكيف بدلالته) أي فكيف يبطل خيار الرؤية
بدلالة الإبطال ، لأن ما لا يبطل بالصريح فبالدلالة الأولى أن لا يبطل .

(ثم إذا حضر شفيح الدار الأولى فله أن يأخذها دون الثانية) يعني إذا اشترى داراً
بشرط الخيار ولها شفيح ثم بيعت داراً أخرى بجنبها ثم حضر الشفيح فله أن يأخذ
الأولى بالشفعة دون الثانية ، لأنه إنما يكون له الشفعة في الثانية بسبب الجوار بالدار
الأولى ولم يكن له جوار بالدار الأولى حين بيعت الثانية ، لأنه ما كان يملكها حينئذ ،
وإنما حدث له جوار بعد ذلك ، وإنما يأخذ الأولى فعسب ، لأنه كان جارها حين بيعت
إلا إذا كان له دار أخرى بجنب الدار الثانية ، فعينئذ يأخذ الدارين جميعاً بالشفعة
(لانعدام ملكه في الأولى) أي ملك الشفيح الذي حضر في الدار الأولى (حين
بيعت الثانية) لأنه إنما يملك الآن فلا يصير بها جاراً للدار أو شريكاً من
وقت العقد .

(قال ومن ابتاع داراً شراء فاسداً فلا شفعة فيها) أي قال القنطوري ابتاع أي اشترى
فيها ، أي في الدار المشتراة شراء فاسداً ولا خلاف فيها للفقهاء . وفي الذخيرة هذا إذا

أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال
الفسخ ، وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد ، وفي إثبات حق
الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز ، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري
في البيع الصحيح ، لأنه

وقع البيع فاسداً في الإبتداء ، أما إذا وقع صريحاً ثم قد فسد بقي حق الشفعة كما لو
اشترى النصراني داراً بخمر فلم يتقابضا حتى سلما أو أسلم أحدهما ، أو قبض الدار ولم
يقبض الخمر ، فإن البيع يفسد وللشفيع أن يأخذها بالشفعة (أما قبل القبض لعدم زوال
ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد) أى هو
ثابت بأمر الشرع بلا اختيار من الشفيع فلا تثبت الشفعة مع أن الفسخ ثابت من جهة
الشرع يكون الشارع أمر بتقرير أمر قد أمر برفعه هذا مناقضة ظاهرة ، والشارع يتعالى
عن مثل ذلك .

فإن قلت ينبغي أن لا يتعقد البيع الفاسد إذ في انعقاده تقرير من الشارع هذا المقدم
أنه أمر برفعه فيكون تناقضاً . قلت تخلل هنا فعل اختياري وهو إقدام البائع على
البيع وجاز أن يؤخذ فعل حرام ، ويترتب عليه أحكام كما إذا وطئ امرأته في حالة
الحيض يثبت نسب الولد مع حرمة الفعل . وقلنا أن الملك لا يثبت في البيع الفاسد قبل
القبض ، إذ لو ثبت الملك يلزم للبائع تسليمه وهو مأمور بنقضه فيلزم التناقض فيثبت
الملك بالقبض لإضافة الملك إلى فصل اختياري وهو القبض . وقلنا أن الملك لا يثبت في
البيع الفاسد قبل القبض يوجب القيمة دون الثمن أن وجوب الثمن يثبت ذلك المقدم
فيؤدي إلى تقرير الفساد .

(وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) فإن قلت بيع المشتري بالشراء
الفاسد يصح ، وهو تقرير الفساد أيضاً . قلت التقرير هنا يضاف إلى الشارع لأنه هو
السبب لهذا الحق ، ولا كذلك ثمة ، لأنه يضاف إلى العبد (بخلاف ما إذا كان الخيار
للمشتري في البيع الصحيح) حيث تجب الشفعة مع احتمال الفسخ (لأنه) أى لأن

صار أخص به تصرفاً ، وفي البيع الفاسد ممنوع عنه ، قال فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع ، وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه .

المشتري (صار أخص به تصرفاً) يعني صار المشتري أخص بهذا البيع بالتصرف وإن احتمل البيع الفسخ ، وإنما صار أخص لانه حق الفسخ له دون البائع ، فباعتبار كونه أخص تحقيق الضرر للشفيع فتثبت له الشفعة ، بخلاف البيع الفاسد ، لان المشتري منع من التصرف فلا يتضرر الشفيع ، فلا يثبت له الشفعة لثبوتها بخلاف القياس لدفع الضرر ، أشار إليه بقوله (وفي البيع الفاسد ممنوع عنه) أي وفي البيع الفاسد المشتري ممنوع من التصرف كما بينا ولا خلاف فيه للفقهاء .

قال الاترازي وفي هذا الفرق نظر عندي ، لان لقائل أن يقول لا نسلم أن المشتري شراء فاسداً ممنوع عن التصرف ، ولهذا إذا باع بيعاً صحيحاً لا يكون لبائعه حق القبض . قلت الفرق صحيح والنظر غير وارد ، لان بيع المشتري شراء فاسداً بمقد صحيح لا يدل على أن له التصرف ، لان تصرفه محظور وقد يترتب على المحظور من الاحكام ، كما لو وطئ حالة الحيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الاول ولا يلزم من صحة عقده وعدم تمكن البائع من نقضه أن لا يكون ممنوعاً من التصرف فافهم .

(قال فإن سقط حق الفسخ) أي قال المصنف فإن سقط حق الفسخ للبائع في البيع الفاسد بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة رحمه الله ، وبالبائع من آخر بالاتفاق (وجبت الشفعة) أي ثبت (لزوال المانع) وهو حق الفسخ للبائع ، وإن اتخذها المشتري مسجداً فملى هذا الخلاف ، وقيل ينقطع حقه إجماعاً (وإن بيعت دار بجنبها) ذكر هذه المسألة تقريباً على مسألة القدوري ، أي بجنب الدار المشتراة شراء فاسداً (وهي في يد البائع) أي والحال أن الدار المشتراة في يد البائع ولم يسلمها للمشتري (بعد فله الشفعة لبقاء ملكه) أي فللبائع الشفعة لبقاء ملكه ، لانه لم يخرج من ملكه بالبيع الفاسد .

وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها لأن الملك له ثم إن سلم البائع
قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفעתه كما إذا باع ، بخلاف ما إذا
سلم بعده ، لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة
ليس بشرط ،

(وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها ، لأن الملك له) أى وإن سلم البائع الدار
المشتراة بالشراء الفاسد إلى المشتري فالمشتري شفيعها لأن الملك له ، أى للمشتري لا يقال
في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد ،
لأننا نقول المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسداً مع
عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة ، بخلاف ما تقدم ، فإنه لو ثبتت الشفعة ثمة لا
ينتقل الشراء الفاسد من المشتري إلى الشفيع بوصف الفساد . وفي ذلك
تقريره فلا يجوز .

فإن قيل الملك وإن كان المشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة ، لكن المانع متحقق
وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراة شراء فاسداً ، فإن
بقاء ذلك منع للشفيع من أخذ المشتراة بالشراء الفاسد . أجيب بأن ذلك مجرد تعلق
حق الغير وهو لا يمنع من الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب
الشفعة للراهن إذا بيعت دار بعينها ، وامتناع الشفيع من الأخذ في تلك المسألة لم يكن
بمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقريرها هنا طى ما
ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه شراء فاسداً .

(ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفעתه) أى إن سلم البائع الدار المبيعة
بالبيع الفاسد إلى المشتري قبل حكم القاضي بالشفعة للبائع بطلت شفعة البائع لزوال ما
كان يستحقها به (كما إذا باع) أى كما إذا باع البائع الدار (بخلاف ما إذا سلم بعده)
أى بعد الحكم بالشفعة للبائع (لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة
ليس بشرط) أى لأن بقاء ملك البائع وهو ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد

فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه ، وإن استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة ، وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا . قال وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، لأن القسمة فيها معنى الإفراز ، ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة قال وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط

الحكم بها ليس بشرط (فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه) أى الدار المشفوعة بالشفعة (وإن استردها البائع) أى الدار المبيعة بالبيع الفاسد (من المشتري قبل الحكم بالشفعة له) أى للمشتري (بطلت) أى شفعة المشتري صورته بيعت دار بجنب الدار المشتراة بالشراء الفاسد والدار في يد المشتري وطلب الشفيع الشفعة ثم قبل الحكم استرد البائع الدار منه طلب شفيعته (لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة) ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جاراً .

(وإن استردها بعد الحكم) أى وإن استرد البائع المبيعة بيعاً فاسداً بعد حكم القاضي بالشفعة للمشتري (بقيت الثانية على ملكه) أى الدار الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة ، والضمير في ملكه راجع إلى المشتري (على ما بينا) وفي بعض النسخ لما بينا . أشار به إلى قوله لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط .

(قال وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) أى قال القدوري وفي بعض النسخ وإذا اقتسم الشركاء (لأن القسمة فيها معنى الإفراز) وهو تمييز الحقوق (ولهذا يجري فيها الجبر) أى جبر القاضي (والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة) وهي المتبادلة من كل وجه .

(قال وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة) أى قال القدوري إذا اشترى رجل داراً فسلم الشفيع الشفعة (ثم ردها المشتري) أى الدار على البائع (بخيار رؤية أو شرط

أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع ، لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه ، والشفعة في إنشاء العقد ، ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه . وإن ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فالشفيع الشفعة ، لأنه فسخ في حقها لولايتها على أنفسها وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض

أو بعيب (أى أو ردها بسبب عيب وجده فيها) بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه (أى ملك البائع) والشفعة في إنشاء العقد (أى الشفعة تجب إلى إحداث عقد (ولا فرق في هذا) يعني فيما إذا كان الرد بالقضاء ، هكذا عنه أكثر الشراح . وقال تاج الشريعة قوله والفرق في هذا ، أى في الرد بالعيب بالقضاء . قلت الكل معنى واحد ، لأن قوله بقضاء قاض قيد لقوله أو بعيب فقط فافهم (بين القبض وعدمه) حيث لا تجب الشفعة في الوجهين ، لأنه فسخ في الأصل .

(وإن ردها بعيب بغير قضاء) أى وإن رد المشتري الدار على البائع بسبب عيب بغير قضاء القاضي (أو تقايلا البيع فالشفيع الشفعة) وبه قال مالك وأحمد في رواية في المقابلة . وقال الشافعي كل فسخ حصل بأي سبب كان لم يكن للشفيع أخذه لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد ، وبه قال أحمد في المشهور وزفر رحمه الله (لأنه فسخ في حقها) أى لأن كل واحد من الرد بالعيب بغير قضاء ، والإقالة فسخ في حق البائع والمشتري (لولايتها على أنفسها وقد قصد الفسخ) فيكون فسخاً في حقها (وهو بيع جديد في حق ثالث) وهو الشفيع ، فصار في حق الشفيع كأن البائع اشترى ثانياً فيتجدد حق الشفعة للشفيع . وقوله وبيع بالرفع عطف على قوله لأنه فسخ (لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث) بين هذا أن المراد بقوله وبيع جديد في حق ثالث هو الشفيع (ومراده الرد بالعيب بعد القبض) أى مراد القدوري من قوله ثم ردها المشتري بعيب بقضاء قاض للرد بعد القبض ، لأن الرد قبل القبض فسخ وإن كان بغير

لان قبله فسخ من الاصل وإن كان بغير قضاء على ما عرف . وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه . ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط ، لانهما يشبان لخلل في الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء ، وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه أعلم .

قضاء . وقال صاحب العناية قال الشارحون قوله ومراده ، أى مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر ، لأن فيه تناقض .

قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه . قلت لا تناقض ، لأن تعليقه يدل على ذلك يفهم بالتأمل وهو قوله (لأنه) أى لأن الرد بالعيب (قبله) أى قبل القبض (فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء) القاضي (على ما عرف) في البيع .

(وفي الجامع الصغير) إنما ذكر مسألة الجامع الصغير وإن كان تكراراً لكونها محتاجة إلى التفسير على ما يحىي ، ولأن في لفظه اختلاف الروايتين ففي كل منها فائدة على ما يأتي (ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية) يروى قوله ولا خيار رؤية بكسر الراء عطفاً على القسمة ، أشار إليه بقوله (وهو بكسر الراء) أراد بكسر راء الخيار (ومعناه ولا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه) يعني إذا اشترى داراً لم يردّها ولها شفع يس فإبطال شفعته ثم ردها المشتري بخيار الرؤية لم تتجدد شفعة الشفع ، لأن هذا فسخ شيئاً البائع وأبى فلا يكون له شبه بالبيع لعدم التراضي ، بخلاف الإقالة . ويروى بفتح الراء وضماً عطفاً على الشفعة على اللفظ وعلى المحل ، وهذه الرواية منعه المصنف حيث قال (ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة ، لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط ، لأنها يشبان لخلل في الرضاء فيما يتعلق

لزومه بالرضاء وهذا المعنى (أي الحال في الرضى) (موجود في القسمة) .
وتبع المصنف في ذلك فخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد حيث أنكر رواية الفتح
وأثبتها الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فقال معناه لا شفعة في قسمة ولا خيار
رؤية في القسمة أيضاً ، وإنما لم يجب في القسمة خيار رؤية لأنه لا فائدة في رده كان له
أن يطلب القسمة من ساعته فلا يكون في الرد فائدة . وحل فخر الدين قاضي خان في
شرح الجامع الصغير رواية الفسخ على ما إذا كانت التركتمكيلاً أو موزوناً من جنس واحد
فاقتسموا لا يثبت خيار الرؤية ، لأنه لو رد القسمة بخيار الرؤية لاحتاج إلى القسمة مرة
أخرى فيقع في نصيبه عين ما وقع في المرة الأولى أو مثله فلا يفيد خيار الرؤية . أما لو
كانت عقاراً أو شيئاً آخر يفيد خيار الرؤية لأنه لو رد بخيار الرؤية ، فإذا اقتسموا ثانياً
ربما يقع في نصيبه الطرف الآخر الذي يوافقه ، فيكون مفيداً (والله سبحانه وتعالى
أعلم) وفي الكافي وصحح شمس الأئمة السرخسي الرواية بالنصب أيضاً ، وقال
لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء أو برضاء وبه أخذ
بعض المشايخ .

* * *

باب ما تبطل به الشفعة

قال وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك
بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب ، وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق
حالة الاختيار وهي عند القدرة ،

(باب ما تبطل به الشفعة)

أي هذا باب في بيان ما تبطل به الشفعة وأوجهه ، لأن الإبطال بعد الثبوت .
(قال) أي القسوري (وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على
ذلك) أي والحال أنه يقدر على ذلك الإشهاد حين العلم (بطلت شفعته لإعراضه عن
الطلب) أما إذا كان هناك مانع والظاهر أنه ترك الإشهاد لا للإعراض فلا يسقط حقه ،
كما إذا اشترى داراً والشفيع في بلد آخر وبينهما قوم يحاربون وهو لا يقدر على بيع
الوكيل كان على شفعته . وكذا لو كان بينهما نهر يخوف أو أرض مسبعة .

فإن قيل قد ذكر قبل هذا أن طلب الإشهاد ليس بلامر وقد ذكر في النخبة أن
الإشهاد ليس بشرط ، وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب في الكتب احتياطاً
لتمكن إثباته عند إنكار المشتري ، فما وجه التوفيق بينهما . أجيب بأنه يحتمل أن يراد
بالإشهاد نفس طلب الموائبة ، لأن طلب الموائبة لا يتفك عن الإشهاد في حق علم القاضي ،
وسمي هذا الطلب إشهاداً بدليل ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب للموائبة مثل ما
ذكره من التعليل ها هنا . قلت إذا فسر الإشهاد بطلت الموائبة كما فسر قاج الشريعة
هكذا لإيراد السؤال المذكور ، فلا يحتاج إلى الجواب .

(وهذا) يعني اشتراط القدرة (لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار ، وهي عند
القدرة) فالإعراض يتحقق عند القدرة ، حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب الموائبة

وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند
العقار وقد أوضحناه فيما تقدم قال وإن صالح من شفيعته على عوض
بطلت شفيعته ورد العوض لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل ،
بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ، ولا يتعلق
إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى

فهو على شفيعته . وكما إذا أخذ قم الشفيع أخذ حين بلغه الخبر (وكذلك إذا أشهد في
المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) أراد به طلب الموائبة وترك طلب
التقرير فإنه يسقط شفيعته أيضاً (وقد أوضحناه فيما تقدم) أشار به إلى ما ذكره في باب
طلب الشفعة .

(وإن صالح من شفيعته على عوض بطلت شفيعته) بلا خلاف بين الأئمة الأربعة (ورد
العوض) وبه قال الشافعي وأحمد رحمهم الله . وقال مالك رحمه الله لا يرد العوض ، لأنه
عوض إزالة الملك ، فجاز أخذ العوض له عنه كالصالح عن القصاص (لأن حق الشفعة
ليس بحق متقرر في المحل) يعني أن الشفيع ليس له ملك في المحل بل له حق التعرض
بالملك ، فتسليمه الشفعة يكون ترك العوض منه ، وهو معنى قوله (بل هو مجرد حق
التمليك) وهو حق التعرض للملك بخلاف القصاص ، لأن لوليّه ملكاً متقدراً . ألا ترى
أن من عليه القصاص كالمملوك له في حق الاستيفاء ، ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون
مرافعة الحاكم (فلا يصح الاعتياض عنه) يعني إذا كان ليس بحق متقرر في المحل لا يصح
الاعتياض عنه ، لأن حق الشفعة ثبت بخلاف القصاص لدفع الضرر فلا يظهر ثبوته في
حق الاعتياض .

(ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط) أي لا يتعلق إسقاط حق الشفعة بالجائز
من الشرط وهو ما ليس فيه ذكر مال (فبالفاسد أولى) وهو ما فيه ذكر مال ، تقريره
أنه لو قال الشفيع سقطت شفيعتي فيما اشتريت حتى أن لا يطلب الثمن مني ، هذا الشرط
جائز لأنه يلائم ، ومع هذا لم يتعلق سقوط الشفعة بهذا الشرط ، بل يسقط بمجرد قوله

فيبطل الشرط ويصح الإسقاط

أسقطت بدون تحقق الشرط ، فلأن لا يتعلق سقوطه بالفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال ، وانه رشوة أولى . وفي جامع قاضي خان الشرط الملائم شرط ليس فيه ذكر المال كما لو قال سلمت شفعتك على أن بعثتها أو وليتها أو أجرتها أو دفعتها مزارعة أو معاملة . وكذا لو باع شفعتك من البائع أو المشتري بمال تسقط الشفعة بالاتفاق ولا يلزمه المال . والفصل بين الملائم وغيره أن ما كان فيه يوقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالأجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم ، لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه . وما لم يكن فيه ذلك كأخذ الموضع فهو غير ملائم لأنه إعراض غير لازم الأخذ .

والحاصل أن كل عقد تعلق بجوازه بالجائز من الشرط فالفساد فيه يبطله كالبيع ، وما لا يتعلق بجوازه بالجائز من الشرط وهو أن يقول أسقطت الشفعة بشرط أن لا يطلب الثمن مني فالفساد فيه لا يبطله وهو الاعتياض ، فبقي الإسقاط صحيحاً جائزاً وبيان الأولوية أن الشرط الجائز سلم عن المعارض لأنه يقتضي الجواز ، وإسقاط الشفعة كذلك . والشرط الفاسد لا يسلم عن المعارض لأنه يقتضي الفساد ، وإسقاط الشفعة يقتضي الجواز مع سلامته ، حيث لم يتعلق الإسقاط ، فلأن لا يؤثر ما لم يسلم عن المعارض كان أولى (فيبطل الشرط ، ويصح الإسقاط) أى إذا كان لا يتعلق إسقاط الشفعة بالجائز من الشرط ، وبالفاسد منه بطريق الأولى يبطل الشرط ويصح الإسقاط ، لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به ، لأننا نقول يثبت بالدليل الأول فصح به الاستدلال .

وقال الأتزازي ولنا فيه نظر ، لأن إسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط . ألا ترى إلى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذا الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره ، أو قال البائع سلمتها لك إن كنت بعثتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط ، وصح هذا التعليق ، لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعنق ، ولهذا لا يرتد بالرد ، وما كان إسقاطاً محضاً صح تعليقه بالشرط ، وما صح بتعليقه بالشرط لا ينزل إلا بمعد وجود الشرط ، فلا يترك التسليم ، انتهى .

وكذا لو باع شفعتة بمال لما بينا ، بخلاف القصاص لأنه حق متقرر ،

قلت استخرج هذا للنظر الغير وارد من قول الشيخ أبي المين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فإن قيل إذا لم يجب العوض يجب أن لا يبطل شفعتة أيضاً ، لأنه لما أبطل حقه في الشفعة بشرط سلامة العوض ، فإذا لم يسلم يجب أن لا يبطل كما في الكفالة بالنفس إذا صالح الكفيل المكحول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البرائة . قيل له بأن المال لا يصلح عوضاً عن الشفعة ، فصار كالخبر والتحذير في باب الخلع والصلح عن دم العمد ، وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص إذا وجد القبول من المرأة والقبائل ولم يجب شيء ، كذا هنا .

وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية أبي حفص رضي الله عنه ، وعلى ما ذكر في الكفالة والحوالة على رواية أبي سليمان رضي الله عنه لا يبرأ ويحتاج إلى الفرق ، والفرق أن حق الشفعين قد سقط بعوض مسمى ، فإن الثمن سلم له ، فإنه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن ، فمضى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بإزاء التسليم ، فلا بد من القول لسقوط حقه في الشفعة ، فإن المكحول له لم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلاً فلا يسقط حقه في الكفالة ، انتهى . ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور .

(وكذا لو باع شفعتة بمال) يعني من البائع أو المشتري تسقط شفعتة بالإتفاق ولا يلزمه المال ، لأن البيع تملك مال بمال ، وحق الشفعة لا يحتمل التملك ، فصار عبارة عن الإسقاط مجازاً ، كبيع الزوج زوجته من نفسها ، وهذا . إذا باع من البائع أو المشتري لأنه إعراض عن الشفعة ، أما إذا باع عن الأجنبي يبطل العوض ولا تبطل الشفعة لأنه تحقيق للشفعة وتقريرها كذا في الجامع (لما بينا) أشار به إلى قوله أن حق الشفعة مجرد حق التملك فلا يصح الإعتياض عنه .

(بخلاف القصاص ، لأنه حق متقرر) هذا جواب عما يقال حق الشفعة كحق القصاص في كونه غير مال ، والإعتياض عنه صحيح ، فأجاب عنه بقوله بخلاف القصاص

وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل . ونظيره
إذا قال للمخيرة اختاريني بألف ، أو قال العنين لامرأته اختاري
ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض ،
والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية ،

لأنه حق متقرر ، والفصل بين المتقرر وغيره أن ما يعتبر بالصلح عما كان قبله فهو متقرر
وغيره غير متقرر ، واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص ، فان نفس القاتل كانت مباحة في
حق من له القصاص وبالصلح حصل بالمصمة في دمه ، فكان حقاً متقراً . وأما في
الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن
حقاً مقصوداً .

(وبخلاف الطلاق والعتاق) هذا جواب عما يقال حق الشفعة كحق الطلاق والعتاق
في كونها غير مال ، فأجاب بقوله بخلاف الطلاق والعتاق (لأنه) أي لأن كل واحد من
الطلاق والعتاق (اعتياض عن ملك في المحل) تقريره أن الطلاق والعتاق ليسا بمال لكن
للزواج ذلك في المحل فيجوز الإعتياض عنه ، أما الشفيع فلا ملك له في المحل بل له حق
التملك ، ولهذا كان لولي الصغير أن يسقط الشفعة ، ولو كان له ملك لما جاز له ذلك
(ونظيره) أي نظير حق الشفعة (إذا قال للمخيرة اختاريني بألف) يعني إذا قال الزوج
لامرأته اختاري نفسك ثم ندم فقال اختاريني بألف ، فإن الحق يسقط ولا يجب المال ،
فتكون المخيرة نظير حق الشفعة .

(أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت
العوض) لأنه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد ، فكان أخذ العوض لكل
مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في إسقاطها بعوض (بمنزلة
الشفعة في رواية) أي في رواية الكفالة والحوالة والشفعة والصلح من رواية أبي حفص ،
يعني إذا قال الكفيل بالنفس للكفول له صالحني على كذا بأن تأخذه مني وتسقط مالك
من حق الطلب ، فصالحنا ففيه روايتان في رواية ما ذكرنا من الكتب يبطل ، قيل وعليه

وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال . وقيل هذا رواية في
الشفعة ، وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

الفتوى ولا يلزم المكفول له شيء ، لأن حق الكفيل في الفعل وهو الطلب فلا
يصح الاعتياض عنه .

(وفي أخرى) أي وفي الرواية الأخرى وهي رواية كتاب الصلح من رواية أبي
سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) فيحتاج إلى الفرق بين الكفالة بالنفس وبين
الشفعة والفرق أن الكفالة بالنفس حق قوي لا يسقط بعد ثبوتها إلا بالإسقاط للتام ولا
يسقط إلا بعد تمام الرضاء به ، ولهذا لا يسقط بالسكوت ، وإنما يتم رضاء بسقوطه إذا
أوجب له المال ، فإذا لم يجب لم يكن راضياً ، فأما سقوط الشفعة فليس يعتمد الإسقاط ،
وتام الرضاء به . ألا ترى أن السكوت بعد العلم به يسقط .

(وقيل هذه رواية في الشفعة) أي رواية أبي سليمان في الكفالة يكون رواية في
الشفعة أيضاً ، حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال . حاصله أن التنصيص في الكفالة
إنها لا تسقط ولا تجب المال يكون مضاف الشفعة بعدم سقوطها وأنه لا يجب المال .

(وقيل هي في الكفالة خاصة) أي رواية أبي سليمان ، أراد هذا الحكم ، أعني عدم
الوجوب وعدم السقوط يختص بالكفالة . وقال الإمام العتابي في كتاب الشفعة في شرح
الجامع الكبير والكفيل إذا صالح المكفول له على دراهم على أن يبرئه عن الكفالة فأبرأه
صح الإبراء في رواية أبي حفص في كتاب الكفالة ولا شيء له من الدراهم . وفي رواية
أبي سليمان لم يصح الإبراء (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط لأنه التزام المال بمقابلة
ما ليس بمال وهو سقوط حق الشفعة والبراءة عن المطالبة فكان بمعنى الرشوة . وفي
المبسوط صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه منها صالحه على أخذ نصف الدار بنصف
الثلث . ومنها ما صالحه على أخذ بيت من الدار بعينه بحصته في الثلث ، وفي هذين
الوجهين الصلح باطل والتسليم باطل ، وله أن يأخذ جميع الدار بعد ذلك . وفي الوجه
الثالث وهو ما إذا صالحه على مال نفسه فقد وجد الإعراض عن الشفعة فيصح ولم يصح
صلحه . وفي المحيط لو طلب نصفها بالشفعة يطلب شفعتها في الكل عند محمد ، وبه قال

قال وإذا مات الشفيع بطلت شفيعته . وقال الشافعي «رح» تورث عنه ، قال رضي الله عنه معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته ، وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ، ولأن بالموت يزول ملكه عن داره يثبت الملك للوارث بعد البيع

أحمد وبعض أصحاب الشافعي . وقال أبو يوسف لا يكون تسليمًا في الكل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وهو الأصح .

(قال وإذا مات الشفيع بطلت شفيعته . وقال الشافعي تورث عنه ، قال رضي الله عنه معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته) قال الإمام الأسبجاني في شرح الطحاوي ، صورته إن دار بيعت ولها شفيع وطلب الشفعة فأثبتها بطلبين ثم مات قبل الأخذ بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه فأراد ورثته أخذها فليس لهم ذلك ، ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه ثم مات يكون ميراثًا لورثته ، انتهى .

والأصل فيه أن الحقوق اللازمة تنتقل إلى الورثة عنده سواء كانت بما يعوض عنها أو لم يكن ، لأن الوارث يقوم مقام المورث لكونه كحاجته . وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت ، والذي يثبت الوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه إلى وقت القضاء ، ولهذا لو أزاله باختياره بأن باع سقط .

(وهذا) أى وهذا الخلاف بيننا وبينه (نظير الخلاف ^(١) في خيار الشرط) فعندنا لا يورث خيار الشرط ، وعنده يورث (وقد مر في البيوع) في باب خيار الشرط (ولأنه بالموت يزول ملكه) أى ولأن الشفعة بموته يزول ملكه (عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه) أى قيام الملك (وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت

(١) الاختلاف - هامش .

وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرط فلا
يستوجب الشفعة بدونه . وإن مات المشتري لم تبطل ، لأن المستحق
باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته . ولو باعه
القاضي والوصي أو أوصى المشتري فيها بوصيته فللشفيع أن يبطله
ويأخذ الدار لتقدم حقه ،

القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (أى فلا يستحقها بدون الشرط المذكور .

(وإن مات المشتري لم تبطل) أى شفعة الشفيع (لأن المستحق باق) وهو الشفيع
(ولم يتغير سبب حقه) أى حق المستحق وهو الشركة أو الجوار (ولا يباع في دين
المشتري ووصيته) أى لا تباع الدار المشفوعة إذا مات المشتري وعليه دين يعني لا يقدم
دين المشتري ووصيته على حق الشفيع ، لأن حقه مقدم على حق المشتري فكان مقدماً
على حق من يثبت حقه أيضاً من جهته وهو الغريم والموصى له .

فان قلت ينبغي أن يباع بدينه لأن تعلق حق الغريم بالدار بعد موت المدين . قلت
حق الشفيع أكد ، لأنه في المالية لا غير . وإذا تقدم على الغريم تقدم على الموصى له
المتأخر عن الغريم .

(ولو باعه القاضي أو الوصي) أى ولو باع القاضي الدار المشفوعة أو وصيته في دين
المشتري الميت ، وذكر الضمير باعتبار المشفوع (أو أوصى المشتري فيها بوصيته) أى في
الدار المشفوعة بأن أوصى بها أو سلمها لأحد (فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم
حقه) أى أن يبطل بيع القاضي أو بيع وصي المشتري ، وكذا يبطل وصيته في الدار
لتقدم حق الشفيع على حق المشتري لا يقال بيع القاضي حكم منه ، فكيف ينقص لأنه
قضاء منه ، بخلاف الإجماع للاجماع على أن الشفيع حق يقضي تصرف المشتري فلا يكون
نافذاً ، ولهذا لو جعل المشتري الدار مسجداً أو مقبرة نقض الشفيع ما صنع لتقدم حقه ،
وبه قالت الثلاثة . وعن الحسن وأحمد في رواية فيما وقفه المشتري أو جعله مسجداً يبطل
الشفيع ، لأن الشفعة إنما تكون في المالك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً . قلنا حق

ولهذا ينقض تصرفه في حياته . قال وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضي له بالشفعة بطلت شفيعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك هو الاتصال بملكه ، ولهذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة ، كما إذا سلم صريحاً أو أبرأ عن الدين وهو لا يعلم به ،

الغير منع صيرورته مسجداً أو وقفاً ، لأن المسجد ما خالص لله ، ومع تعلق الغير لا يخلص في الإيضاح (ولهذا) أي ولتقدم حق الشفيع على حق المشتري (ينقض تصرفه في حياته) أي تصرف المشتري مثل بيعه وهبته وإجارته ونحوها .

(قال وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضي له بالشفعة بطلت شفيعته) أي قال القنوري وإنما يبطل (لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه) أي سبب الاستحقاق وهو اتصال المالكين وقد زال قبل التملك (ولهذا) أي ولكون زوال السبب مبطلاً (يزول به) أي بالبيع (وإن لم يعلم) أي الشفيع (بشراء المشفوعة) أي بشراء الدار المشفوعة ، لأن العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الإسقاط ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك وأحمد في رواية . قالوا في رواية أخرى لا يسقط (كما إذا سلم صريحاً) أي كما تسقط الشفعة إذا سلم الشفيع الشفعة صريحاً .

فإن قيل يشكل بما إذا ساوم الشفيع المشتري أو سأل أن يوليها إياها أو يستأجرها منه ، فإن ذلك تسلم الشفعة دلالة ، والعلم بالشفعة شرط فيها فينبغي أن لا يشترط كما في البيع . أجيب بأن المساومة والإجارة لم يوضعا للتسليم ، وإنما يسقط بها لدلالاتها على رضى الشفيع ، والرضى بدون العلم غير متحقق ، بخلاف التسليم الصريح والإبراء . ورد بأن بيع ما يشفع به ولم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها بخلافه وإن لم يعلم . أجيب بأن بقاءها للشفيع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاع المشروط ، فكان كالموضوع له في قوة الدلالة .

(أو أبرأ عن الدين وهو لا يعلم به) أي أو أبرأ رب الدين المدين والحال أنه لم يعلم بدينه يصح الإبراء ، لأنه إسقاط ، كما لو سلم الشفعة صريحاً وهو لا يعلم المشفوعة ووجب

وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له ، لأنه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلاشفعة له قال ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة . والأصل أن من باع أو بيع له لا شفعة له . ومن اشترى أو ابتيع له

الشفعة . وقال تاج الشريعة يعني ابرأ الإنسان ولم يعلم بأنه غريمه ثم علم بذلك يسقط الدين . وفي شرح الكافي رجل باع داراً ورضي الشفيع ثم جاء يدعي أنه لم يعلم أنه جدما إلى موضع كذا أو ظن أنها أقرب أو أبعد ويدعي شفخته حين علم قال لا شفعة له ، لأن صحة التسليم لا يقف على كون الدار معلومة لصحة الإبراء في الدين لا يتوقف على العلم بمقداره ، فمتى صح التسليم كان هذا دعوى بعد التسليم فلا يسمع .

(وهذا) أى الحكم المذكور (بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال) أى لأن خيار المشتري يمنع زوال الملك (فبقي الاتصال) وهو السبب فلا تسقط شفخته . ولو باع بعض داره شائعاً فله الشفعة بباقي ، وبه قال الشافعي في وجه وأحمد في رواية ، وكذا لو باع بعضه مقسوماً وذلك لا يلي المبيعة ، لأن الجوار قائم . وإن كان مما يلي المبيعة بطلت شفخته لزوال الجوار .

(قال ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له) أى قال القدوري أن وكيل البائع إذا باع الدار والحال أنه هو الشفيع فلا شفعة له (ووكيل المشتري إذا ابتاعها) أى إذا اشترى (فله الشفعة) أى فللمشتري وهو الشفيع الشفعة (والأصل) أى الأصل في هذين الفصلين (أن من باع) وهو وكيل البائع (أو بيع له) أى أو أن من بيع لأحد وهو الموكل (فلا شفعة له) أى لكل واحد منهما . وقال الشافعي وأحمد له الشفعة سواء كان وكيل البائع أو وكيل المشتري لما أن حقوق العقد يرجع إلى الموكل فبالعمل لغيره لا يسقط حقه الثابت شرعاً . وقال بعض الشافعية والقاضي الحنبلي كذبنا . وقال بعض الشافعية إن كان وكيل المشتري سقطت شفخته دون وكيل البائع . وكذا لو باع وشرط الخيار لغير المشتري وهو الشفيع فأجاز الشفيع بطلت شفخته عندنا خلافاً للشافعي وأحمد . (ومن اشترى) وهو وكيل المشتري (أو ابتيع له) أى واشترى لاجله بأن اشترى

فله الشفعة ، لأن الأول يأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم
من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة ،
لأنه مثل الشراء ، وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع
فلا شفعة له

المضارب بمال المضاربة ورب المال شفيعها (فله الشفعة) أى فلكل واحد فيها الشفعة .
قال في شرح الطحاوى بيان ذلك أن صاحب الدار إذا وكل شفيع الدار بالبيع فباعها
فلا شفعة له ، لأنه هو الذى باع . ولو أن مضارباً لرجل باع داراً من المضاربة ورب
المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة له لأنه يبيع لاجله ، وإن كان لا يملك بينة عن البيع
وإن كان المشتري وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها فله الشفعة ، ألا ترى أنه لو اشترى
داراً لنفسه وهو الشفيع كان له الشفعة ، حتى لو جاء شفيع مثله أخذ منه نصف الدار .
ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له وكذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة داراً ورب
المال شفيعها كان له أن يأخذها بالشفعة ، لأنه اشترى له . ومن اشترى أو اشترى له
فلا تبطل شفعته (لأن الاول) وهو وكيل البائع الذى هو الشفيع (بأخذ المشفوعة)
أى يأخذ الدار المشفوعة ، يعنى إذا أراد أن يأخذ سبب الشفعة (يسعى في نقض ما يتم
من جهته وهو البيع فلا يجوز) لأن الأخذ بالشفعة ضرب شراء ، وكونه مشترياً يناقض
كونه بائعاً فيصير ساعياً في نقض ما يتم به فلا يجوز .

(والمشتري لا ينقض شراؤه) أى المشتري في الفصل الثانى وهو الذى اشترى بالوكالة
والحال أنه هو الشفيع لا ينتقض شراؤه (بالأخذ بالشفعة) لأنه ليس فيه نقض ما يتم
من جهته (لأنه) أى لأن الأخذ بالشفعة (مثل الشراء) لما قلنا أنه ضرب شراء فلا
تناقض فيه ، فافهم (وكذلك) أى كوكيل البائع (لو ضمن الدرك) أى لو ضمن
المشتري تبعه الاستحقاق (عن البائع وهو الشفيع) أى والحال أنه هو الشفيع (فلا شفعة
له) لأن تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرخص المشتري إلا بضمانه فكان الأخذ بالشفعة
ساعياً في نقض ما يتم من جهته فلا يجوز .

وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره فأقضى المشروط له الخيار
البيع وهو الشفيع فلا شفعة له ، لأن البيع تم بإمضائه . بخلاف
جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري .

قال في الجامع الكبير رجل اشترى داراً على أن يضمن الشفيع الثمن عن المشتري أو
ضمن المشتري الدرك أو اشترط البائع الخيار للشفيع وأمضى المبيع ، فهذا كله تسليم
الشفعة . وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير إذا ضاع فضمن الشفيع
الثمن من المشتري والشفيع حاضر وقبل في المجلس تقرر البيع بهذا الشرط استحساناً ،
والقياس أنه لا يجوز . وذكر محمد القياس والاستحسان في كتاب البيوع من المبسوط .
وأما لا شفعة للشفيع فلأنه صار كالبايع من وجه وكان المشتري من وجه أما كالبايع
من وجه ، لأن البيع يتم به وكذا له أن يطالب المشتري بأداء الثمن . وأما كالمشتري
من وجه لأن الشراء يتم به ، وكذا البائع يطالبه بالثمن كما يطالب المشتري فوق
التردد ، وفي ثبوت حق الشفعة فلا يثبت ، لأن حق الشفعة متى دار بين أن يثبت
وبين أن لا يثبت .

فإن قيل للبايع من كل وجه إنما لم يمكن له الشفعة ، لأن إيجابها يؤدي إلى القضاء ، لأن
البيع لتمليك المبيع والشفعة لتملكه ، وما هنا لا يؤدي إلى القضاء ، لأن تمليك المبيع
ما هنا ما كان من جهة الشفيع قيل له الشفيع إذا كان كفيلاً عن المشتري وبالثمن كان
بمعنى البايع من وجه ، وإيجاب الشفعة له يؤدي إلى القضاء من وجه في
التمليك والتملك .

(وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره) أي وكذلك لا شفعة إذا باع رجل داراً ،
وشرط الخيار لغيره وهو الشفيع (فأقضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع) أي
والحال أن المشروط له الخيار هو الشفيع (فلا شفعة له ، لأن البيع تم بإمضائه) فإذا
طلب بالشفعة يكون ساعياً لتقضى ما تم من جهته فلا يجوز (بخلاف جانب المشروط له
الخيار من جانب المشتري) يعني لو شرط المشتري الخيار لغيره وهو الشفيع فأقضى
البيع لا تبطل شفعته ، لكن إذا طلبها قبل الإمضاء لانه لا يكون ساعياً في نقض ما تم

قال وإذا بلغ الشفيح أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألفاً أو أكثر ، فتسليمه باطل وله الشفعة ، لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول ، أو لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما يبيع به في الثاني

من جهته بل أخذه بالشفعة مثل الشراء على ما مر .

(قال وإذا بلغ الشفيح انها) أى قال القدورى رحمه الله إذا بلغ الشفيح أن الدار (بيعت بألف درهم فسلم) الشفعة (ثم علم أنها بيعت بأقل) أى من الألف قيد به ، لانه لو علم أنها بيعت بأكثر سقطت شفعته كما علم ، لان الرضى بالتسليم بألف رضى بالتسليم بأكثر منه ، ذكره في المبسوط ، وبه قالت الثلاثة . وقال ابن أبي لبلى لا شفعة له في الوجهين (أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر) أى ثم علم أنها بيعت بحنطة أو شعير قيمة كل منها ألف أو أكثر من ألف .

وقال السفناقي تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدرام كان تسليمه باطلاً أيضاً ، لان إطلاق ما ذكره في المبسوط والإيضاح دليل عليه حيث قال فيها ، وكذلك لو أجبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكبلاً أو موزوناً فهو على شفعته ولم يتعرض أن قيمة المكبل أو الموزون أقل من قيمة الذى اشتراها به وأكثر ، وهكذا استدل في الذخيرة وقال فلو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكبلاً أو موزوناً فهو على شفعته ، انتهى ، وهذا يكلف كثير ، لان التسليم إذا لم يصح فيها إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى ، فلأن لا يصح إذا ظهر أقل كان أولى .

(فتسليمه باطل ، وله الشفعة لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول) أى فيما بلغه انها بيعت بألف ثم علم أنها بيعت بأقل (أو لتعذر الجنس الذى بلغه) أى أو انه إنما سلم لتعذر الجنس الذى بلغه (وتيسر ما يبيع به) بأن كان دهقاناً ، لأنه تيسر عليه أداء الحنطة ويتيسر عليه أداء الدرام والدنانير (في الثاني) أى فيما إذا بلغه انها بيعت بألف

إذ الجنس مختلف ، وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي
متقارب ، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف
أو أكثر ، لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير

ثم علم أنها بيعت بمحنة أو شعير (إذ الجنس مختلف) لأن الدراهم غير الحنطة والشعير ،
وكذا الحنطة غير الشعير .

فإن قلت الشفة من قبل الإسقاط وانها لا تتوقف ، والفائت هنا هو الرضى . قلت
الإسقاط لا يتحقق إلا بعد وجود البيع وما وجد البيع الذي سلم الشفة فيه ، لأنه سلم
البيع بالآلفين والبيع بالآلف غيره ، ولأن التسليم خرج جواباً للاختيار ، والكلام متى
خرج جواباً يكون كالمعاد في الجواب ، فصار تقديره إن كان البيع كما قلت سلت الشفة
وإلا فلا ، فكان مقيداً به فلا يثبت بدوته .

(وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب) أى وكذا الحكم في كل مكيل
بأن بلغه أنها بيعت بألف أو بيعت بمحنة ثم علم أنها بيعت بملح مثلاً قيمته ألف أو أكثر
فإنه على شفته . وكذا في كل موزون بأن بلغه أنها بيعت بألف درهم أو بيعت بقنطار من
العسل مثلاً ثم علم أنها بيعت بقنطار من الزيت مثلاً قيمته ألف أو أكثر فإنه على شفته ،
وكذا في كل عددي متقارب بأن بلغه بأنه باعها بألف ثم علم أنها بيعت لا يجوز أو بيض
قيمته ألف أو أكثر فإنه على شفته .

(بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر) يعني إذا بلغ الشفيع أنها
بيعت بألف درهم فسلم الشفة ثم علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر كان تسليمه
صحيحاً (لأن الواجب فيه) أى في العرض (القيمة وهي دراهم أو دنانير) فصار كما لو
قبل بيعت بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك وهو الذي ذكره اختيار شيخ الإسلام . وفي
الذخيرة لو أخبره أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه شيء آخر من ذوات
القيم بأن أخبر أن الثمن دار وظهر أنه عبد فجواب محمد أنه على شفته من غير فصل .
قال شيخ الإسلام هذا الجواب صحيح فيما إذا كان فيه ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر وغير

وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له ، وكذا إذا كانت أكثر . وقال زفر « رح » له الشفعة لاختلاف الجنس . ولنا أن الجنس متحد في حق الثمنية .

صحيح فيما إذا كان قيمته مثل قيمة ما أخبر ، لأن الثمن إذا كان من ذوات القيم فالشفيع يأخذ بقيمة الثمن دراهم أو دنانير ، فكأنه أخبر أنه ألف درهم أو ألف دينار فسلم ثم ظهر مثل ما أخبر أو أكثر ، وهناك كان التسليم صحيحاً . ولو ظهر أقل كان على شفيعته كذا ما هنا . ولو كان على العكس بأن أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي هي من ذوات القيم ثم ظهر انه دراهم أو دنانير .

فجواب محمد انه على شفيعته من غير فصل . قال بعض المشايخ هذا الجواب محمول على ما إذا كان قيمة ما ظهر أقل ما لو كان مثله أو أكثر فلا شفعة له . وبعضهم قال هذا جواب صحيح على الإطلاق ، بخلاف المسألة المتقدمة لأنه وإن كان يأخذ بالقيمة قد يصير مغبوناً في ذلك ، لأن التقويم بالظن يكون ، وإنما سلم حتى لا يصير مغبوناً ، وهذا المعنى منعدم فيما إذا كان الثمن دراهم .

(وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له ، وكذا إذا كانت أكثر) يعني وإن ظهر أن الدار بيعت بدنانير قيمتها ألف درهم فيما إذا أخبر أنها بيعت بعوض قيمته أكثر من ألف (وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس) يعني بين الدراهم والدنانير ، ولهذا حل التفاضل بينها ، وبه قالت الثلاثة .

(ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية) بدليل تكميل نصاب أحدهما بالآخر والمكروه بالبيع بالدرهم يكون مكرهاً على البيع بالدنانير ورب الدين إذا ظهر بدنانير المدبوث وحقه الدراهم له أن يأخذ ، ومال المضاربة إذا صار دنانير عمل بين رب المال ، كما لو صار دراهم . وإنما اعتبرنا جنسين في حق الربا حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً ، لأن الربا لا يحري باعتبار الثمنية ، بل اعتبار الوزن والجنس وهما مختلفان في هذا الوجه حقيقة . ولهذا لا يحري الربا بين الدراهم والحديد وإن وجد الاتحاد من حيث الوزنية .

قال وإذا قيل له أن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار . ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره ، لأن التسليم لم يوجد في حقه . ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة ، لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية ، لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه

وذكر في الأسرار خلاف أبي يوسف فقال تبطل شفعته عند أبي يوسف استحساناً خلافاً لهما . وفي الذخيرة جعل قول أبي حنيفة رحمه الله مثل قول زفر « رح » وقول أبي يوسف « رح » كما ذكر في الكتاب .

(قال وإذا قيل له أن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) أي قال القدوري ، وبه قال الشافعي في وجه لا شفعة له ، واختار الأول في شرح الوجيز (ولو علم أن المشتري هو مع غيره) أي لو علم الشفيع أن المشتري فلان مع غيره بأن علم أن زيد وعمرو قد كان ترك لأجل زيد (فله أن يأخذ نصيب غيره) أي غير فلان وهو عمرو (لأن التسليم لم يوجد في حقه) أي في حق الغير ، وعند الشافعي رحمه الله وأحمد « رح » لا تبطل شفعته أصلاً في نصيبه ولا في نصيب غيره (ولو بلغه شراء النصف) أي ولو بلغ الشفيع أن نصف الدار بيع (فسلم ثم ظهر شراء الجميع) أي جميع الدار (فله الشفعة ، لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة) أي لأن التسليم شفعته كان لأجل ضرر الشركة ولا شركة ها هنا ، فكانت له الشفعة في جميع الدار .

(وفي عكسه) وهو أن يخبر بشراء الكل فظهر شراء النصف (لا شفعة في ظاهر الرواية ، لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه) بفتح الهزة جمع بعض ، أي تسليم الشفعة في كل الدار تسليم في جميع أجزائها فلا تبقى له شفعة . واحتارز بقوله في ظاهر الرواية عن رواية الثمر بن حداد فإنه روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال فله الشفعة في هذه الصورة كما في الصورة المذكورة ، وبه قال الشافعي وأحمد لجواز أن يكون تسليم

فصل

قال وإذا باع داراً إلا بمقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار ، وهذه حيلة ، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسله إليه لما بينا . قال وإذا ابتاع منها سهماً بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول

الكل لعدم قدرته على الثمن ، وقد يتمكن على البعض بخلاف ما إذا سلم في البعض ، لأن المعجز عن أداء البعض عجز عن أداء الكل بالطريق الأول . وفي الذخيرة فلو ظهر أنه اشترى النصف لا شفعة له ، كذا قال شيخ الاسلام هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل بأن أخبر أنه اشترى النصف بألف ، أما لو ظهر أنه اشترى النصف بخمسةائة يكون على شفخته .

(فصل)

هذا بيان الحيل التي تبطل بها الشفعة وهو محتاج إليه ، لأن الشفيع ربما يكون فاسقاً مؤذياً أو ظالماً متمدياً فيحتاج إلى الاجتناب عن جواره .

(قال) أي القدوري (وإذا باع داراً إلا بمقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار ، وهذه حيلة) أي في إسقاط الشفعة (وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسله إليه) وكذا لا شفعة له إذ وهب منه ، أي من فلان هذا المقدار ، أي قدر ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع وسله إليه ، أي إلى الموهوب له مع طريقه حتى تصح الهبة ، لأن ما وهب مقدار معين ، والطريق وإن كان شائعاً إلا أنه لا يحتمل القسمة وهبة المشاع فيما لا يحتملها جائزة فيصير شريكاً في الطريق ثم يبيع بقية الدار منه بثمن الكل (لما بينا) أشار به إلى قوله لانقطاع الجوار .

(قال وإن ابتاع منها سهماً بثمن) أي قال القدوري وإن اشترى من الدار سهماً بثمن معين (ثم ابتاع بقيتها) أي ثم اشترى بقية الدار (فالشفعة للجار في السهم الأول

دون الثاني ، لأن الشفيع جار فيهما إلا أن المشتري في الثاني
شريك فيتقدم عليه ، فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهماً
مثلاً ، والباقي بالباقي .

دون الثاني ، لأن الشفيع جار فيها ، إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه (لأن
المشتري حيث ^(١) اشترى الثاني كان هو شريكاً ، لأنه كما اشترى الجزء الأول صار شريكاً
للباقي فكان عند شراء الباقي شريكاً له لا محالة ، وحق الشفعة يثبت عند الشراء ، وهو
عند ذلك شريك ، فكان مقدماً على الجار .

وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال أبو يوسف وإن كان المشتري للنصف
الثاني غير المشتري للنصف الأول فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الأول والجار
أحق بالنصف الثاني من المشتري الأول ، لأن الملك للمشتري الأول زال عن النصف قبل
انتقال الشفعة إليه فسقطت شفته وبقي حق الجار ^(٢) فاستحق النصف الثاني بالجار
كما استحق الأول .

(وإن أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع إلى تقليد رغبة الشفيع الأول إلى الإبطال ، لأن
في الأول ليس للجار أن يأخذ ، لأن مقدار ذراع من طول حد الشفيع لم يبيع (ابتاع
السهم بالثمن إلا درهماً مثلاً) أى اشترى السهم الواحد من الدار وهو السهم الذي يلي
الشفيع مثلاً بالآلف إلا درهماً (والباقي بالباقي) أى وابتاع الباقي من الدار بباقي الثمن
وهو الدرهم ، تفسيره ما قاله في شرح الطحاوي وهو أن يبيع أولاً من الدار أو من الكرم
عشرها مشاعاً بأكثر من الثمن ثم يبيع تسعة أعشارها ببقية الثمن ، حتى أن الشفيع لا
يثبت له حق الشفعة إلا في عشرها بثمان ولا تثبت له الشفعة في تسعة الأعشار ، لأن
المشتري حين اشترى تسعة أعشارها كان شريكاً فيها بالعشر ، وهذه الحيلة إنما تكون
للخيار أو الخليط ، لأن الشريك أولى منها ولا يحتال بها للشريك ، لأن الشفيع إذا كان

(١) حين - هامش .

(٢) الجوار - هامش .

وإن ابتاعها بضمن ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالضمن دون الثوب
لأنه عقد آخر والضمن هو العوض عن الدار . قال رضي الله عنه وهذه
حيلة أخرى تعم الجوار والشركة

شريكاً كان له أن يأخذ نصف قيمة الأعشار أيضاً بقليل الثمن .
وإن كانت الدار للصغير فإن يبيع العشر منها بكثير الثمن يحوز ، ويبيع تسعة الأعشار
بقليل الثمن لا يحوز ، لأن يبيع مال الصغير بأقل من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه لا
يحوز ، فيكون في هذه الحيل مضرة المشتري وهو أن يلزمه العسر ، ولا يحوز شراؤه في
تسعة الأعشار . وقد يحوز أن يحتال بهذه الحيلة في دار الصغير وهو أن يبيع من داره
جزءاً من مائة جزء . أو يبيع جزءاً من ألف جزء وبضمن أكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار
بمثل ثمنه ، فلأنما تثبت له الشفعة في الجزء الأول خاصة ، وهذه الحيلة للجار والحليط ، فإما
إذا كان الشفيع شريكاً فإنه يأخذ نصف البقية بنصف .

(وإن ابتاعها بضمن ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالضمن دون الثوب) هذا اللفظ
القدوري أيضاً . وإن اشترى الدار بضمن ثم دفع إلى البائع ثوباً عوضاً عن الثمن فالشفعة
تكون بالضمن دون الثوب (لأنه عقد آخر) أي لأن دفع الثمن عن الثمن عقد آخر
(والضمن هو العوض عن الدار) فتكون الشفعة بالضمن دون الثوب ، لأن الشفعة تثبت
بمثل الثمن الذي بيعت الدار به . ألا ترى أن البائع لو وهب للمشتري الثمن أو اشترى به
داراً أخذها الشفيع بالمسمى حال العقد ولا يأخذ قيمة الدار الثانية لأنها ملكت العقد
الثاني ، كذلك في مسألتنا .

(قال وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة) أي قال صاحب الهداية هذه المسألة
وهي المسألة التي ابتاعها بضمن ثم دفع إليه ثوباً عن الثمن حيلة أخرى يصلح للجوار
والشركة ، يعني يحتال بها في حق الجوار والشريك بخلاف الحيلتين الأولتين ذكرهما
القدوري بقوله وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع ... إلى آخره . ويقول وإن
ابتاع منها سهماً ثم ابتاع بقيتها ... إلى آخره فلأنها محتال بهما في حق الجار
لا الشريك .

فبيع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته . إلا أنه لو
استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع
الثاني فيتضرر به . والأوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار

ثم بين المصنف رحمه الله كيفية هذه الحيلة بقوله (فبيع بأضعاف قيمته) أى يباع
المبيع بأضعاف قيمة المبيع (ويعطى بها ثوب بقدر قيمته) أى ثم يعطى المشتري بمقابلة
ما وجب عليه من اضعاف القيمة ثوباً يكون ذلك الثوب بقدر قيمة المبيع في الواقع بيان ،
أى يباع المبيع بأضعاف قيمة المبيع ، ذلك ما ذكره في شرح الطحاوي أن يبيع ما
يساوي ألفاً بألفين وينفذ من الثمن ألف درهم إلا عشرة دراهم ثم يبيع بألف وعشرة عرضاً
يساوي عشرة دراهم فحصلت الدار للمشتري بألف درهم في الحاصل ، ولكن الشفيع لا
يأخذها إلا بألفي درهم . والأفضل للبائع أن يحمل مكان العرض ديناراً يساوي عشرة
دراهم ، هذا هو الأحوط ، حتى أن الدار لو استحققت عن يد المشتري رجع على البائع بمثل
ما أعطاه ، لأنه يبطل الصرف بالاستحقاق ، وهذه الحيلة لجميع الشفعاء لو كان باعاً ببقية
الثمن عوضاً سوى النعم يساوي عشرة دراهم كما ذكرنا ، فعند الاستحقاق يرجع المشتري
على البائع بألفي درهم ويكون فيه مضرة على البائع .

(إلا أنه) استثنى عن قوله نعم الجوار والشركة أو من قوله ، وهذه أخرى ، أعني
أنها حيلة عامة ، إلا أن فيها وم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور المستحق يستحق
الدار ، وهو معنى قوله (لو استحققت المشفوعة) أى الدار المشفوعة (يبقى كل الثمن على
مشتري الثوب) وهو بائع الدار (لقيام البيع الثاني فيتضرر به) أى يتضرر بائع الدار
برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار ، وذلك لأن باستحقاق
الدار تبطل المباينة التي جرت بين مشتري الدار وبائعها في الثوب ، فيثبت باستحقاق
الدار لمشتريها الرجوع على البائع بثمن الدار وثمنها ما يكون مذكوراً في العقد الأول ،
فيتضرر بذلك البائع .

(والأوجه) يعني الوجه في هذه المسألة أن لا يتضرر بائع الدار (أن يباع بالدرهم
الثمن دينار) يعني تصارف ، وقوله الثمن بالجذر صفة للدراهم ، وقوله دينار بالرفع مسند

حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير
قال ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف «رح»

إلى قوله يباع مفعول نائب عن الفاعل (حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف) وهو
بيع الدينار بالدرهم الثمن (فيجب رد الدينار لا غير) أى يجب على البائع رد الدينار
الذي وقع به الصرف لا غير ، بيان ذلك ما ذكره في قاضي خان أن يبيع الدار بعشرين
ألفاً إذا أراد أن يبيعها بعشرة آلاف درهم ثم يقبض الشفعة إلا قدر درهم وخمسة
ويقبض بالباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر . ولو أراد الشفيع أن يأخذها بعشرين ألفاً
فلا يرغب في الشفعة ، ولو استحققت الدار لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً ، بل يرجع بما
أعطاه ، لأنه استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف ، كما لو باع
العقار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادق أنه لم يكن عليه دين فإنه
يبطل الصرف .

(قال ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله) أي قال القدوري
اعلم أن الجملة في هذا الكتاب إما أن يكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه ، فالأول مثل
أن يقول المشتري للشفيع أما أولها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به
الشفعة وهو مكروه بالإجماع . والثاني مختلف فيه ، قال بعض المشايخ غير مكروه عند
أبي يوسف ومكروه عند محمد «رح» ، وهو الذي ذكره في الكتاب ، وقال في شرح
الطحاوي قيل إن الاختلاف في الحيلة الإبطال قبل الوجوب ، فأما بعد الوجوب
فمكروه بالإجماع .

وقال في الواقعات الحسامية في إبطال الشفعة على وجهين ، أما إن كانت بعد الثبوت
أو قبل الثبوت ، ففي الوجه الأول مكروه بالاتفاق نحو أن يقول المشتري للشفيع اشتري
مني وما أشبه ذلك ، لأنه إبطال لحق واجب . وفي الوجه الثاني لا بأس به سواء كان
الشفيع عدلاً أو فاسقاً هو المختار ، ولأنه ليس بإبطال ، ومن هذا الجنس ثلاث مسائل ،
إحداها هذه ، والثانية الحيلة في منع وجوب الزكاة . والثالثة الحيلة لدفع الربا بأن باع مائة
درهم وقلها بمائة وعشرين درهم . وقال الخصاص في أول كتاب الحيل لا بأس بالحيل فيما

وتكره عند محمد « رح ، لأن الشفعة إنما وجب لدفع الضرر ، ولو أبجنا الحيلة ما دفعناه . ولأبي يوسف « رح ، أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضرراً ، وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة .

يجل ويحوز . وأما الحيلة بشيء يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج إلى الحلال ، مما كان من هذا ونحوه فلا بأس به ، وإنما يكره من ذلك أن يحتال الرجل في حق الرجل حتى يبطله أو يحتال في باطل حتى يموت ، أو يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة .

(وتكره عند محمد « رح) وبه قال الشافعي . وعند أحمد بالحيلة لا تسقط الشفعة . وفي صورة الموهوب أو جهالة الثمن يأخذ بضمن المثل لقوله لا تحل الخديعة . قلنا الحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع بالآية والحديث ، وإن كان الغير يتضرر به في ضمنه فكيف إذا لم يتضرر (لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أبجنا الحيلة ما دفعناه) أي الضرر .

(ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق) أي في التحيل منع عن وجوب الحق عليه (فلا يعد ضرراً) فلا يكره كما لا تكره الحيلة في إسقاط الربا (وعلى هذا الخلاف) المذكور بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (الحيلة في إسقاط الزكاة) فعند أبي يوسف رحمه الله لا يكره ، وعند محمد تكره . وقيل الفتوى على قول أبي يوسف في الشفعة وعلى قول محمد في الزكاة والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

مسائل متفرقة

قال وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فللشفيح أن يأخذ نصيب أحدهم ، وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها ، والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر .

(مسائل متفرقة)

ارتفاع مسائل على أنه خبر مبتدأ محذوف ، أى هذه مسائل ، وإغما منع التنوين لأنه على صيغة منتهى الجموع كمساجد ودراهم . ومتفرقة بالرفع صفته . ويجوز النصب على تقدير خذ مسائل متفرقة أو هالك أو نحوها ولم يذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه المسائل .

(قال وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فللشفيح أن يأخذ نصيب أحدهم) أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في خمسة نفر اشتروا من رجل داراً ولها شفيح فأراد أن يأخذ نصيب أحدهم قال له ذلك ، فإن اشترى واحد من الخمسة لم يكن للشفيح أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض ، انتهى . وذكره محمد في بيوع الجامع الصغير .

(وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) وبه قال مالك والقاضي الحنبلي والشافعي في وجه . وقال الشافعي في الأصح له أن يأخذ حصة أحدهم ، وبه قال أحمد كما في الفصل الأول ، ولا خلاف في فصل الأول (والفرق) بين الفصلين (أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به) أى تتفرق الصفقة عليه (زيادة الضرر) وهي زيادة ضرر التشقيص ، فإن أخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص

وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة .
ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح ،
إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه
ما لو ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع .
بمنزلة أحد المشتريين

زيادة على ذلك ، والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل
ضرراً زائداً .

(وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم) لانه إذا أخذ نصيب أحدهم فقد
ملك عليه بجميع ما اشترى وقام مقامه (فلا تتفرق الصفقة) على المشتري هذا إذا كان
الثلث منقوداً ، فأما إذا لم ينقدوا الثلث فأراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم من
البائع بعصتها من الثمن ليس له ذلك لما فيه من تفريق الصفقة على البائع .

(ولا فرق في هذا) أى في أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين (بين ما إذا كان قبل
القبض) أى قبل قبض مشتري الدار (أو بعده) أى وبعد القبض (هو الصحيح)
احترز به عما روى القدوري عن أصحابنا والحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله أن
المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم قبل القبض ، لان التملك
يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة ، وله أن يأخذ نصيب أحدهم بعد القبض ، لان
التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه (إلا أن قبل القبض) استثنى
من قوله ولا فرق في هذا يعني أن الشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين قبل القبض وبعده ،
إلا أن قبل القبض (لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم) أى لا يمكن الشفيع أخذ نصيب أحد
المشتريين (إذا نقد) أحد المشتريين (ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى
تفريق اليد على البائع) يعني إذا قبضه نصيب أحدهم عند عدم نقد أحد المشتريين ما
عليه من الثمن يؤدي إلى تفريق الصفقة إلى البائع كما ذكرناه عن قريب (بمنزلة أحد
المشتريين) إذا نقد ما عليه الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم

بخلاف ما بعد القبض ، لأنه سقطت يد البائع ، وسواء سمى لكل
بعض ثمناً أو كان الثمن جملة ، لأن العبرة في هذا التفرق الصفقة
لا الثمن وما هنا تفرعات ذكرناها في كفاية المنتهى .

جميع ما عليهم من الثمن لتلا يلزم تفرق اليد على البائع .
(بخلاف ما بعد القبض) أى قبض مشتري الدار (لأنه سقطت يد البائع) فلا يلزم
تفرق اليد عليه (وسواء سمى لكل بعض ثمناً أو كان الثمن جملة) أى سواء سمى البائع
بكل جزء من أجزاء المبيع ثمناً ، أو كان الثمن جملة وحده به أن يكون البيع منفعة
(لأن العبرة في هذا التفرق الصفقة لا الثمن) أى لا تفرق الثمن ، حتى لو تفرقت
الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحداً والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد
منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما ، وإن لحق للمشتري ضرر عيب
الشركة لأنه رضي بهذا المبيع حتى اشترى كذلك . وذكر التمرقاشي محالاً إلى الجامع في اتحاد
الصفقة أن يتعد العاقد والمقد والثمن أو يتعد العاقد والمقد والثمن متحدان بأن قال البائع
للمشتريين بعت منكما أو قال البائعان للمشتري بعتا منك تتحد الصفقة ، لأن ما يرجب الاتحاد
راجع وهو العقد والثمن والعقد والعاقد واحد بأن قال بعت هذا بكذا وهذا بكذا وقال
أشترى ذلك ، أما لو تفرق الثلاثة تفرق الصفقة ، وإن اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن
فيل تفرق الصفقة لرجحان جنبه التفرق . وقيل لا يتفرق فقيل الأول قياس وهو قولها ،
والثاني استحسان وهو قول أبي حنيفة رحمه الله .

(وما هنا تفرعات ذكرناها في كفاية المنتهى) تلك التفرعات ذكرها الكرخي
في مختصره ويوب عليها باباً فقال وكذلك إذا كان الشراء بوكالة فوكل رجلاً رجلاً
بشراء دار ولها شفيع فالشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين . وإن كان الموكل رجلاً
والموكل رجلاً واحداً لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين . قال ابن سماعة عن محمد
في فوائده ذلك ، وقال إنما نظر إلى المشتري ولا نظر إلى المشتري له . قال محمد رحمه الله
وكذلك لو اشترى بعشرة فليس له أن يأخذ شيئاً دون شيء ، ولو اشترى عشرة لرجل
كان للشفيع أن يأخذ من واحد ويدع الآخرين ، أو يأخذ من اثنين أو ثلاثة ويدع

البقية . وكذا روى هشام عن محمد « رح » في النوادر في الوكيل والوكيلين في الشراء وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فجاء شفيح لها جميعاً ، فأراد أن يأخذ أحدهما دون الأخرى فليس له ذلك ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله . وقال الحسن بن زياد عن زفر الشفيح بالخيار إن شاء أخذها وإن شاء أحدهما دون الأخرى ، وهذا قول الحسن

وإذا كان الشفيح شفيحاً لأحدهما دون الأخرى وقع البيع عليها صفقة واحدة فإن الحسن بن أبي مالك روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن ليس له إلا أن يأخذ الذي تجاور بالحصة ، وكذلك روى هشام عن محمد في رجل اشترى دارين مثلاً صفين وله جار يلي إحداها قال فإنه يأخذ التي يليه بالشفعة ولا شفعة له في الأخرى . وقال هشام قلت لمحمد ما يقول في عشرة أقرحه مثلاً صفقة لرجل يلي واحد منها أرض إنسان فبيعت العشرة الأقرحة ، فقال للشفيح أن يأخذ القراح الذي يليه وليس له في بقيتها شفعة . قلت له ثم قال لأن كل قراح على حد . قلت ليس بينهما طريق ولا نهر ، وإنما هي مروراً ومسناة ، قال لا شفعة له إلا فيما يليه .

وقال هشام قلت لمحمد في قرية خالصة لرجل باعها والقرية عندنا على ما فيها من الدور والأرضين والكروم قال محمد ولكن القرية عندنا على بيوت القرية خالصة . قلت لمحمد باع رجل هذه القرية بدورها وكرومها وأرضها وناحية منها تلي انساناً قال محمد للشفيح أن يأخذ القراح الذي يليه قلت والكل شفيح أن يأخذ القراح الذي يليه وأوشك أن يأخذوا حواشي القرية وذلك أردأ أرضها ويبقى وسط القرية للمشتري فلم ينكر محمد ، وروايته به يقول وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وروى الحسن بن زياد في رجل اشترى قرية بأرضها وأرضها أقرحة متفرقة ولا حد للأقرحة جاز ، قال يأخذ القرية كلها بالشفعة وليس له أن يأخذ ذلك القراح ويدع ما سواه . وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله أن أبا حنيفة كان يقول ليس له أن يأخذ إلا القراح الذي هو ملاصقه ، لأن هذه الأقرحة مختلفة . قال والذي يبيح على قياسه أن هذه الأقرحة إذا كانت من صفقة واحدة أو قرية واحدة فهي كقراح واحد

قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاومه البائع أخذ الشفيع
النصف الذي صار للمشتري أو يدع ، لأن القسمة من تمام القبض لما
فيها من تكميل الانتفاع ، ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة ،
والشفيع لا ينقض القبض وإن كان له نفع فيه تعود العدة على البائع ،
فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين
نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبيع

ودار واحدة ، وهذا يدل على أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول مثل قول محمد ثم رجع
فقال يأخذ الشفيع الجميع ، لأنه ليتضرر بتفريعه كالدار الواحدة .

(قال) أى في الجامع الصغير (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم) أى حال كون
التصف غير مقسوم (فقاومه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع)
أى أو يترك يعني ليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشتري ادفع إلى البائع حتى أخذ
منه ، لأنه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لما فيه من
تكميل الانتفاع) لان القسمة في غير المكيل والموزون إقرار وقبض بعين الحق من وجه
ومبادلة من وجه ، والشفيع يملك بمقتضى المبادلة التي يحدنها المشتري ولا يملك
نقض القبض .

(ولهذا) أى ولكون القسمة من تمام القبض (يتم القبض بالقسمة في الهبة) يعني
أن هبة المشاع فيما يقسم فاسدة ، ومع هذا لو قسم وسلم جاز (والشفيع لا ينقض القبض)
ليعيد الدار إلى البائع (وإن كان له نفع فيه) أى في النقص (تعود العدة) وهي ضمان
الاستحقاق (على البائع ، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه) أى من تمام القبض وهو
القسمة . وفي الذخيرة تصرفات المشتري في الدار المشفوعة صحيحة إلى أن يحكم بالشفعة ،
لأن التصرف يعتمد الملك والملك له وللشفيع حق الأخذ ، غير أن الشفيع ينقض كل
تصرف إلا القبض ، وما كان من تمام القبض ، والقسمة من تمام القبض .

(بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة ، وقاسم المشتري الذي

حيث يكون الشفيع قرضه ، لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد ، بل هو تصرف بحكم الملك فينتقض الشفيع كما ينتقض بيعه وهبته ، ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان ، وهو المروي عن أبي يوسف «رح» ، لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة ، وعن أبي حنيفة «رح» أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر .

(لم يبيع) أي الشريك الذي لم يبيع قوله المشتري فاعل لقوله قاسم ، وقوله الذي لم يبيع في محل النصب على المفعولية أي قاسم المشتري الدار مع الشريك الذي للبائع ولم يبيع .
(حيث يكون الشفيع قرضه ، لأن العقد ما وقع على الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد) لأن القسمة ما جرت بين المتعاقدين فلم يمكن جعلها قبضاً بحجة العقد وتكميلاً للقبض ، فاعتبرت مبادلة والشفيع أن ينتقض المبادلة (بل هو تصرف بحكم الملك فينتقض الشفيع كما ينتقض هبته وبيعه) أي بل المشتري تصرف بحكم الملك ، فكان مبادلة ، والشفيع أن ينتقض المبادلة كما ينتقض البيع والهبة وغيرهما من التصرف .
(ثم إطلاق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير ، وإطلاق الجواب حيث قال (أخذ الشفيع ^(١) النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله ، لأن المشتري فلا يبطل ^(٢) به حق الشفعة ، وعن أبي حنيفة أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها ، لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر) أي أن الشفيع إنما يأخذ النصف والباقي ظلم .

(١) يدل على أن الشفيع إنما يأخذ نصف الذي .. - هامش .

(٢) لا يملك إبطال حقه بالقسمة - هامش .

قال ومن باع داراً وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة ، وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة ، لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل بمنزلة الشراء ، وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للفرماء . بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له ، قال وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة

(قال ومن باع داراً وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة) أى قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد رحمه الله عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يبيع الدار وله عبد عليه دين هو شفيعها قال له الشفعة .

(وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة ، لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل بمنزلة الشراء) أى فنزل الآخر بالشفعة بمنزلة الشراء ، ولو اشترى أحدهما من آخر يجوز ، لأنه يفيد ملك اليد ، فكذا الأخذ بالشفعة . وعند الثلاثة لا شفعة له ، لأنه بائع أو مشتري لمولاه كما لم يكن عليه دين (وهذا) أى جواز أخذه بالشفعة (لأنه مفيد) أى لأن أخذه بالشفعة مفيد (لأنه يتصرف للفرماء) لا للمولى .

(بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له) أى لأجله ، وقد مر أن من يبيع له لا شفعة له . وقال شيخ الإسلام الأسيبجاني في شرح الكافي وإذا باع الرجل داراً وله عبد تاجر وهو شفيعها فإن كان عليه دين فله الشفعة ، لأنه لا يأخذ لمولاه بل لنفسه ، فكان مفيداً . ألا ترى أنه لو اشترى شيئاً من مولاه كان جائزاً إذا كان عليه دين ، فكذا الأخذ بالشفعة ، وإن لم يكن عليه دين لا يصح ، لأنه يأخذها لمولاه وهو بائع .

وكذا إذا باع العبد والمولى شفيعها فهو على هذا التقسيم ، ثم قال شيخ الإسلام وإذا باع المولى داراً ومكاتبه شفيعها فله الشفعة ، لأنه أقرب إلى الأجانب من العبد المأذون ، فإنما يأخذ لنفسه فكان أخذه الدار بالشفعة مفيداً .

(قال وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف)

وأبي يوسف « رح » ، وقال محمد وزفر رحمهم الله هو على شفيعته إذا بلغ
قالوا وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم
يطلب الشفعة ،

أي قال في الجامع الصغير قال الكرخي في مختصره وإذا بيعت الدار وشفيعها صبي وهو
في حجر أبيه أو وصي أبيه أو وصى جده إلى أبيه أو من ولاء عليه إمام أو حاكم فكل
واحد منهم في حال ولايته أن يطالب بشفعة الصغير أو يأخذ الدار بالشفعة ويسلم ثمنها
من مال الصغير ، فإن سكت أحد من هؤلاء في حال ماله المطالبة عن طلب الشفعة للصغير
بطلت شفعة الصغير .

وكذلك إن سلم الشفعة بالقول فهو تسليم جائز ولا شفعة للصغير إذا بلغ في الوجهين
جميعاً وليس لأحد مع الأب ولأية على الصغير ثم وصي الأب ، ثم الجد أب الأب ، ثم
وصي الجد . فإن لم يكن واحد من هؤلاء فمن ولاء الإمام والحاكم وتسليم الشفعة من
هؤلاء جائز في حال ولايتهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال ابن أبي ليلى وزفر وعبد إن ذلك لا يجوز وللصغير على شفيعته إذا بلغ ، انتهى .
وفي الدراية الشفعة تثبت للصغير عند أكثر أهل العلم . وقال ابن أبي ليلى لا شفعة للصغير
وبه قال التنخمي والحاتر العكلي ، لأن الصبي لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ
لما فيه من الإضرار بالمشتري ولا يملك وليه الأخذ ، لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ
وللجمهور عموم الإخبار وقد مر الكلام فيه فيما مضى مستقصى .

(وقال محمد وزفر « رح » وهو على شفيعته إذا بلغ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد
« رح » في رواية إذا كان النظر في الأخذ . وعن أحمد في ظاهر مذهبه إنه لا يسقط سواء
ترك مع النظر وعدمه أو عفى ، لأنه حق ثابت له فيملك أخذه ولا يسقط بإسقاط غيره .
(قالوا وعلى هذا الخلاف) أي قال المشايخ وعلى الخلاف المذكور (إذا بلغهما) أي
الأب والوصي (شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلب) أي الشفعة مع إمكان الطلب
يسقط عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد ومن تبعه حتى إذا بلغ الصبي لم يكن له
حق الأخذ بالشفعة عندهما خلافاً لمحمد .

وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح .

(وعلى هذا الخلاف) أى الخلاف المذكور (تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) صورته أن يوكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة فتسليمه صحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد .

وفي المبسوط إذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة وأقر بأن موكله قد سلم فعند أبي حنيفة رحمه الله يصحان في مجلس القاضي ، وعند أبي يوسف في المجلس وغيره . وكان أبو يوسف يقول أولاً لا يصحان في المجلس وغيره ثم رجع وقال يصحان فيهما ، ومحمد مع أبي حنيفة في إقراره في مجلس القاضي إذا سلم بنفسه . أما الإقرار عليه فلا يصح أصلاً ، ويقول محمد قال زفر والشافعي والباقي ، قوله بطلت الشفعة يتعلق بقوله الوكيل لا بقوله تسليم الوكيل فافهم ، وإراد بكتاب الوكالة المبسوط (هو الصحيح) احترازاً عما روى عن محمد أنه مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل بالشفعة خلافاً لأبي يوسف .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيجي في شرح الكافي وإذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة عند القاضي فتسليمه جائز ، وإن سلم عند غيره لم يكن تسليمًا ، وإن أقر عند القاضي أن الذي وكل به سلم الشفعة جائز إقراره عليه ، وإن أقر عند غير القاضي لم يحز استحساناً ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف لا يجوز إقراره عليه . وإن أقر عند غير القاضي ولا تسليمه ثم رجع وقال يجوز إقراره بتسليم الشفعة عند القاضي وعند غيره ، وعلى الذي وكله .

ثم قال شيخ الإسلام وذكر في كتاب الوكالة قال محمد لا يجوز تسليم الوكيل الشفعة عند القاضي ، ويجوز إقراره على موكله بالتسليم سوى في هذه الرواية بين التسليم وبين إقراره بالتسليم بنفسه ، والأصح ما ذكر في الوكالة ، لأن الوكيل بالشفعة وكيل بالخصومة والوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله في مجلس القاضي ولا يملك في غير مجلس

لمحمد وزفر «رح» أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته
وقوده ، ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضراراً به . ولها أنه
في معنى التجارة فيملكان تركه . ألا ترى أن من أوجب بيعاً
للصي صح رده من الأب والوصي ،

القاضي عند أبي حنيفة ومحمد . وفي قول أبي يوسف الاول . وهو قول زفر لا يملك
إلا عند القاضي ولا عند غيره ، وفي قوله الآخر يملك عند القاضي وعند غير القاضي .

أما التسليم فمعزل من الجواب في شيء بل هو تصرف مبتدأ ، وإنما لا يصح ذلك عند
محمد ، فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف يصح بناء على أصل آخر ، وهو أن من مالك أخذ
الدار بالشفعة يملك التسليم ، وعند محمد لا يملك بمنزلة الأب والوصي إنما يملكان تسليم
شفعة الصبي عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد وزفر لا يجوز ، وقد نص على
الخلاف فيه ، وهذا في معناهما .

(لمحمد وزفر «رح» أنه حق ثابت للصغير) أى أن الشفعة حق ثابت متقرر ، وتذكير
الضيمر باعتبار طلب الشفعة (فلا يملكان) أى الأب والوصي (إبطاله) أى إبطال
حق ثابت (كديته وقوده) أى قصاصة وقوله ديته في بعض النسخ بالياء آخر
الحروف ثم التاء المثناة من فوق بدلالة قود عليه والنسخة الصحيحة المشهورة كديته بالياء آخر
الحروف ثم للنون ، لانه أعم وأوفق لرواية المبسوط فإنه قال لا تثبت الولاية لها في
إسقاطه كإبراء الدين والعفو عن القصاص الواجب له واعتاق عبده (ولانه) أى ولان
طلب الشفعة (شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضراراً به) أى فكان إبطال دفع
الضرر إضراراً بالصبي .

(ولها) أى ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أنه) أى الأخذ بالشفعة (في معنى
التجارة) لانه يملك العين بالثمن وهو على الشراء (فيملكان تركه) أى يملك الأب والوصي
ترك الاتجار ، فكذا يملكان ترك الشفعة (ألا ترى) توضيح لما قبله (أن من أوجب
بيعاً للصبي) بأن قال رجل بعث هذا العبد لفلان الصبي بكذا (صح رده من الأب

ولأنه دائر بين النفع والضرر ، وقد يكون النظر في تركه ليبقى
الثلث على ملكه والولاية نظرية فيملكه ، وسكوتها كإبطالهما
لكونه دليل الإعراض . وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها فإن بيعت
بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع
لأنه تمحض نظراً . وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ
فلا يملك التسليم كالأجنبي

والوصي (أي رده من الأب والوصي ، أي رد هذا الإيجاب سواء كان الراد أباً أو صيياً .
(ولأنه دائر بين النفع والضرر) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود ، أي
ولأن ترك الشفعة أو طلبها دائر بين النفع بأن بقي الثمن على ملكه الضرر بأن يحصل
الصبي إذ الدخيل في الترك على ما نبينه الآن ، بخلاف الدية والقود ، فإن تركها ترك
بلا عوض فيكون إضراراً به .

(وقد يكون النظر في تركه) أي في ترك طلب الشفعة (ليبقى الثمن على ملكه)
أي على ملك الصبي (والولاية نظرية) أي ولاية الأب والوصي نظرية ، يعني لأجل
النظر في حقه (فيملكه) أي إذا كان الأمر كذلك فيملك الأب والوصي ترك طلب
الشفعة (وسكوتها) أي سكوت الأب والوصي عن طلب الشفعة حين العلم ببيع الدار
(كإبطالهما) صريحاً (لكونه دليل الإعراض) أي لكون السكوت عن الطلب دليل
الإعراض عنه مع القدرة عليه .

(وهذا) أي هذا الخلاف (إذا بيعت) الدار (بمثل قيمتها ، فإن بيعت بأكثر من
قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع) أي بلا خلاف لحمد وزفر
والشافعي (لأنه تمحض نظراً) أي صار نظراً محضاً للصبي .

(وقيل لا يصح) أي التسليم (بالاتفاق) بين أصحابنا . وفي الكافي وهو الأصح ،
وهكذا ذكره في المبسوط (لأنه) أي لأن الولي (لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم

وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة ، فعن أبي حنيفة « رح » أنه
لا يصح التسليم منها ولا رواية عن أبي يوسف « رح » والله أعلم .

كالأجنبي (حيث لا يملك الأخذ ولا التسليم ، فيصير الولي كالأجنبي .

(وإن بيعت) الدار (بأقل من قيمتها محاباة كثيرة) أي لأجل المحاباة الكثيرة بأن
بيعت ما يساوي ألفاً بأقل من خمسمائة (فعن أبي حنيفة « رح » أنه لا يصح التسليم منها)
أي من الأب والوصي ، لأن ولايتهما نظرية ، والنظر في أحدها في مثل هذا
لا في تسليمها .

وذكر في المختصر والمختلف في هذه المسألة عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضاً لأنه
امتناع عن دخوله في ملكه لا إزالة عن ملكه فلم يكن تبرعاً ، فهذا بخلاف رواية
الهداية وإنما خص قول أبي حنيفة رحمه الله ، مع أن قول محمد وزفر والشافعي كذلك ،
لأن الشبهة ترد على قوله ، فإن تسليم الأب والوصي يجوز عنده إذا بيعت بمثل قيمتها
فينبغي أن يجوز بأقل ، لما أن هذا البيع وإن كان بالمحاباة الكثيرة فإنه لا يخرج عن معنى
التجارة ولها ولاية الإمتناع عن التجارة في ماله ، لكن قال لا يصح فيما يروى أبي
حنيفة « رح » ، لأن تصرفها في ماله يدور مع الوجه الأحسن ، فلما تعينت جهة الأحسن
في هذا المبيع في الأخذ فكان في التسليم قربان ماله بغير الأحسن .

ولهذا المعنى خص قول أبي يوسف بقوله (ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله) وإن
كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها .

وفي الذخيرة والمغني ولو اشترى الأب داراً للصغير وهو شقيقها يأخذها بالشفعة عندنا
إذا لم يكن بالأخذ ضرر للصغير ، وبه قال الشافعي وأحمد ينبغي أن يقول اشتريت
الصبي وأخذت بالشفعة ، لأن شراءه بماله لنفسه جائز ، فكذا بالشفعة . ولو كان مكان
الأب وصي فإن كان في الأخذ له منفعة بأن اشتراه بغير يصير له أن يأخذها على قياس
قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف كما في شراء الوصي مال الصغير لنفسه .
وللشافعي فيه وجهان في وجه له الأخذ ، وفي وجه لا ، وبه قال أحمد للتهمة ،

أما إذا لم يكن للصغير فالأخذ منفعة لا يجوز أخذها بالإجماع . ولو كان الصبي شفيع دار اشتراها الوصي لنفسه لا يشهد ولا يطلب الشفعة له التهمة ، فإذا بلغ يأخذها إن شاء .
أما الأب لو اشترى داراً لنفسه والصبي شفيعها فلم يطلبها الأب للصغير حتى بلغ ليس للصغير أخذها لبطلان شفيعته بسكوت الأب ، أما لو باع الأب داراً لنفسه والصبي شفيعها فلم يطلبها الأب للصغير لا تبطل شفيعته ، حتى إذا بلغ كان له الأخذ . أما الوصي لو باع داراً لنفسه ثم اشترى لنفسه والصبي شفيعها فسكوته لا يبطل شفيعته ، حتى إذا بلغ له الأخذ . وفي الجامع الأصغر لو باع الوصي داراً ليتيم والوصي شفيعها فلا شفعة له ، إلا إذا باعها وكيل القاضى أو القاضى وبه قال الشافعى وأحمد « رح » .



كتاب القسمة

قال القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة ،

(كتاب القسمة)

أي هذا الكتاب في بيان أحكام القسمة فيكون ارتفاع الكتاب على أنه خبر مبتدأ محذوف ، ويجوز نصبه على إقرأ كتاب القسمة أو خذ أو هالك . وإبراده عقيب الشفعة لأن كلا منها من نتائج النصيب الشائع ، فإن أحد الشريكين إذا أراد الإفتراق مع بقاء ملكه بطلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة ، وقدم الشفعة لأن بقاء ما كان على أصل وهي في اللغة اسم للإقتسام كالقدوة اسم للاقتداء أو الاسوة اسم للانتساء . وقال الجوهري القسم مصدر قسمت الشيء فانقسم ، والقسم بالكسر الحظ والنصيب من الجبر ، وقاسمه المال فتقاسمه واقتسماه بينهما ، والإسم القسمة مؤنثة . وقال السفناقي نصيب الإنسان من الشيء ، يقال قسمت الشيء بين الشركاء وأعطيت كل شيء يده بقسمته وقسمه . وفي الشريعة جميع النصيب الشائع في مكان ، وسببها طلب الشريك الإنتفاع بنصيبه على الخصوص ، ولهذا لو طلبها يجب على القاضي إجابته على ذلك ، ذكره في المبسوط .

وركنها ما يحصل بها الإفرار والتمييز بين النصيبين كالمكيل في المكيلات ، والموزون في الموزونات ، والزرع في المزروعات . والعدد في المعدودات . وشرطها أن لا تقوت منفعة بالقسمة ، ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما .

(قال القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة) أي قال صاحب الهداية رحمه الله أي مشروعة بالكتاب وهو قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَبَشِّرْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلَّ شَرْبٍ مَحْتَضِرٌ ﴾ ٢٨ القمر ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ لَهَا شَرْبٌ وَلَكُمْ شَرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ ﴾ ١٥٥

لأن النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى
التوارث بها من غير نكير . ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة ،
لأن ما يجتمع لأحدهما

الشعراء ، في قصة ناقة صالح عليه السلام ، وشريعة من قبلنا تازمنا إذا لم يكن فيه نكير .
وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولَى الْقُرْبَى ﴾ ... الآية ٨ النساء ،
وبالسنة أشار إليه بقوله (لأن النبي ﷺ باشرها في المغانم والمواريث) أي باشر القسمة ،
أما قسمته ﷺ في الغنائم فقد ذكرناها في كتاب السير .

وأما قسمة المواريث فمنها ما أخرجه البخاري عن هذيل بن حذيل قال سئل أبو
موسى الأشعري عن ابنة وابنة ابن واخت ، فقال للبنت النصف ، وللأخت النصف ،
وأن ابن مسعود فسيتابعني فسئل ابن مسعود وأخبر بقول أبي موسى فقال « لقد ضللت
إذا » وما أنا من المهتدين ، أقضي فيها بما قضى رسول الله ﷺ للإبنة النصف ، ولبنت
الإبن السدس تكملة للثلثين ، وما بقي فلأخت فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن
مسعود فقال لا تسألوني ما دام هذا الخبر فيكم .

ومنها ما أخرجه النسائي عن عبد الله بن شداد عن ابنة حمزة قالت مات مولى لي
فترك ابنة فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته ، فجعل لي النصف ولها النصف .
وقد تكلمنا فيه مستوفى في الولاية .

ومنها ما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن
جابر بن عبد الله أن امرأة سعد بن الربيع قالت ، يا رسول الله إن سعداً هلك وترك
ابنتين وأخاه ، فعمد أخوه فقبض ما ترك سعد ، وإنما فنكح النساء على أموالهن ، فقال
ﷺ ادع لي أخاه ، فجاء فقال ادفع إلى ابنتيه الثلثين وإلى امرأته الثمن ولك ما بقي .
ورواه الحاكم في المستدرک وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(وجرى التوارث بها) أي القسمة (من غير نكير) من أحد من الأئمة ، وأفاد بهذا
أن الأمة أيضاً أجمعت على جواز القسمة وفعلها (ثم هي) أي القسمة (لا تعرى عن
معنى المبادلة) أي لا تخلو عن معنى المبادلة (لأن ما يجتمع لأحدهما) أي لأحد المتقاسمين

بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما بقي من حقه
في نصيب صاحبه ، فكان مبادلة وإفرازاً ،

(ريعضه) أى بعض ما يجتمع ، وارتفاعه على أنه بدل من الضمير الذي في يجتمع (كان له وبعضه كان لصاحبه) وهو الثاني من المتقاسمين (فهو) أى أحد المتقاسمين (يأخذه) أى يأخذ ذلك البعض الذي كان لصاحبه (عوضاً عن ما بقي من حقه في نصيب صاحبه) انتصاب عوضاً على الحال من الضمير المنصوب في يأخذه (فكان مبادلة) أى إذا كان الأمر كذلك تكون القسمة مبادلة حقيقة ، وإنما ذكر الفعل باعتبار القسم والتقسام (وإفرازاً) من حيث الحكم أى تمييزاً ، يقال أفرزت الشيء إذا عزلته من غيره وميزته مثل فرزته وفارز شريكه أى فاصله .

إعلم أن القسمة قد تقع في أموال متغايرة ومتجانسة ، أما المتغايرة فمثل الدور والأراضي المختلفة والثياب والدواب وصنوف الأموال المتغايرة ، ففي هذه المواضع تقع القسمة معاوضة فيها معنى الإفراز .

وأما المعاوضة فلأنه نقل حقه من محل إلى محل آخر بعوض وأما الإفراز فلأن المالك لم يحدث بالقسم ، لأنه كان ثابتاً قبلها ، لكن على سبيل الاختلاط فهو بالقسمة يتميز عن ملكه وملك صاحبه يبين حقه في هذا المقسوم ، فلما ظهر معنى المعاوضة ما هنا توقفت الصحة على اختيارهما ، حتى لو أراد أحدهما أن يقسم وامتنع الآخر لا يجبر عليه ، لأن الجبر على المعاوضة لا يستقيم .

وأما المجانسة فمثل المكيل والموزون والدرهم والدنانير ، فإن معنى الإفراز ظاهر هنا ، لأن ما صار له بالقسمة لا يغير ما كان له قبل ذلك ، فصار كأنه عين حقه لاستوائها في تعلق المصالح والأعراض بها ، ولهذا يأخذ أحد الشريكين نصيبه حال غيبة الآخر . وكذا يبيع أحدهما نصيبه في غيبة الآخر . وكذا يبيع أحدهما نصيبه مراجعة بعد القسمة إذا اشتراه ثم اقتسماه .

بخلاف الأشياء المتغايرة حيث لا يأخذ أحدهما نصيبه في عين الآخر ، وكذا لا يبيعه مراجعة . وفي الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع ، قسمة لا يجبر الابي كقسمة الاجناس

والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت، حتى
كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه . ولو اشترياه
فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مراجعة بنصف الثمن . ومعنى المبادلة
هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت ، حتى لا يكون
لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر .

المختلفة . وقسمة يحجر في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات . وقسمة يحجر الآبي في
غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم . والخيارات ثلاثة خيار شرط ، وخيار
عيب ، وخيار رؤية . ففي قسمة الاجناس المختلفة ثبت الخيارات أجمع ، وقسمة ذوات
الامثال كالمكيلات والموزونات فانه يثبت خيار العيب ، وهل يثبت خيار الرؤية
والشرط ، على رواية أبي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى ، وعلى رواية
أبي حفص لا يثبت

(والإفراز هو الظاهر في المكيلات) أي معنى الإفراز والتمييز هو الظاهر في
المكيلات (والموزونات لعدم التفاوت) أي في أبعاض المكيلات والموزونات ، لان ما
يأخذه مثل حقه صورة ومعنى ، فأمكن أن يحصل عين حقه ، ولهذا جعل عين حقه في
الفرض وقضاء الدين (حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه) لانه يأخذ
عين حقه فلا يتوقف على حضور الآخر .

(ولو اشترياه) أي لو اشترى الشريكان شيئاً من المكيلات او الموزونات (فاقتسماه
يبيع أحدهما نصيبه مراجعة بنصف الثمن) لان نصيبه عين ما كان مملوكاً له قبل القسمة
(ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت) في الاصل (حتى لا
يكون لأحدهما أخذ نصيبه حال غيبة الآخر) لان ما يصيب كل واحد منهما نصفه مما
كان مملوكاً ونصف عوضاً عما أخذه صاحبه من نصيبه .

فان قلت أليس انهما لو اقتسما أرضاً أو داراً أو بنى أحدهما في نصيبه ثم استحق ما
بنى فيها ونقض بناء كأنه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء . ولو كانت مبادلة لصار

ولو اشترياه فاققسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مراجعة بعد القسمة ،
إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند
طلب أحد الشركاء ، لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد ،
والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين ، وهذا لأن أحدهم

مفروزاً فيرجع . قلت كل واحد منها يضطر في هذه المراجعة لإحياء حقه ، وفي مثل
هذا لا يظهر الضرر .

(ولو اشترياه فاققسماه) أي لو اشترى الإنسان شيئاً من الحيوانات أو العروض ثم
اقتسماه (لا يبيع أحدهما نصيبه مراجعة بعد القسمة) لما ذكرنا أن ما يصيب كل واحد
منها نصفه فيما كان مملوكاً ، ونصفه عوضاً عما أخذه صاحبه من نصيبه . وعند الشافعي
وأحمد القسمة إفراز في الكل . وعن الشافعي يبيع في الكل . وعند مالك فيما اتخذه
جنساً وصفة إفرازاً في غير مبادلة .

(إلا أنها إذا كانت من جنس واحد) هذا جواب سؤال يرد على قوله معنى المبادلة
وهو الظاهر بأن يقال لو كان الرجحان للمبادلة ينبغى للقاضي أن لا يجبر الآبي عن
القسمة في غير ذوات الامثال كما لا يجبر على بيع ماله فقال إلا أنها ، أي أن الاموال إذا
كانت من جنس واحد (أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء ، لأن فيه معنى
الإفراز لتقارب المقاصد) باتحاد الجنس ، فإن المقصود من الشاة مثل اللحم ولا يتفاوت
كثيراً ، ومن الفرس الركوب كذلك ، والطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع
بنصيبه ، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته (والمبادلة مما يجري فيه
الجبر) هذا أيضاً جواب عن إشكال ، يعني لم قلتم أنها تتضمن معنى المبادلة فكيف يجبر
فأجاب بأن المبادلة مما يجري فيه الجبر مقصوداً (كما في قضاء الدين) فإن المدينون يجبر
على القضاء من أن الدينون تقضى بأمثالها ، فصار ما يؤدي بدلاً عما في ذمته ، وهذا جبر
في المبادلة وقد جاز فلان يجوز فيها لا قصد فيها إليه أولى .

(وهذا) إشارة إلى قوله أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء (لأن أحدهم

بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ، ويمنع الغير
عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته ، وإن كانت أجناساً
مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت
في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز ، لأن الحق لهم . قال وينبغي للقاضي
أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال

بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه
فيجب على القاضي إجابته (دفماً للضرر عنه ، لأنه نصب لدفع الظلم وإيصال الحق إلى
المستحق (وإن كانت أجناساً مختلفة) أي وإن كانت الأعيان المشتركة أجناساً مختلفة
كالمز والتمن والبقر والإبل (لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش
التفاوت في المقاصد) .

والحاصل أن الأعيان المشتركة لا تخلو إما أن تكون من جنس واحد أو أجناس
مختلفة ، فالأول لا يخلو أما إن كانت مما يجري فيه الربا كالمكيل والموزون أو لا كالحيوانات
والقاضي يجبر عند طلب أحدهما في هذين الوجهين بعد أن كانا من جنس واحد ، لأن الآبي
متعنت ، هذا إذا كانت المنفعة بعد القسمة تبقى ، أما إذا لم تبق بل تتضرر كل واحد لا
يقسمه بغير التراضي كالحمام والبيت الصغير والحائط ونحو ذلك مما يحتاج إلى الشق
والقطع ، وبه قالت الثلاثة ، وعند التراضي روايتان ، في رواية لا بأس للقاضي أن يشق
بأذنها . وفي رواية لا يلي ذلك بنفسه بل يفوض إليهما . وإن كانت من أجناس مختلفة
وطلب أحدهما فلا يقسمها بغير التراضي ، كذا في شرح الطحاوي .

(ولو تراضوا عليها) أي على القسمة عند اختلاف الأجناس (جاز ، لأن الحق لهم)
لأن القسمة بها مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط في النص .

(قال وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً) أي قال القدوري والقاسم فاعل من قسم
الدراهم يقسم من باب ضرب يضرب (يرزقه من بيت المال) من رزق الأمير الجند إذا
أعطاهم ما يكفيهم ، والرزق بالكسر ما ينتفع به ، والجمع الأرزاق بالفتح المصدر من

ليقسم بين الناس بغير أجر ، لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة ، فأشبه رزق القاضي ، لان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في ما لهم غرضاً بالغنم . قال فإن لم يفعل نصب قاسماً يقسم بالاجر ، معناه بأجر على المتقاسمين ، لان النفع لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كيلا يحكم بالزيادة . والافضل أن يرزقه من بيت المال ، لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة .

رزق يرزق ومن ضرب يضرب (ليقسم بين الناس بغير أجر) أي يؤخذ منهم (لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة) أي بالقسمة ، وتذكير الضمير باعتبار القسم (فأشبه رزق القاضي) أي فأشبه رزق القاسم رزق القاضي ، حيث يأخذ كل منها في مقابلة قطع المنازعة وفصل الخصومة (لأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في ما لهم) أي في مال العامة وهو بيت مال المسلمين (غرضاً بالغنم) أي لاجل الغرم بمقابلة الغنم ، فانتصابه على التعليل .

(قال فإن لم يفعل) أي قال القدوري ، أي إن لم ينصب القاضي قاسماً يرزقه من بيت المال (نصب قاسماً يقسم بالاجر ، معناه بأجر على المتقاسمين) . فإن قلت القسمة لما التحقت بالقضاء وأخذ الاجر عليه لا يجوز ، فكذا عليها . قلت القضاء فرض بعد التحمل ، بخلاف القسمة ، فجاز أخذ الاجر عليها (لان النفع لهم على الخصوص) أي لان النفع حاصل للمتقاسمين على الخصوصية ، فكذا الاجر عليهم ..

(ويقدر أجر مثله) أي يقدر القاضي أجر مثل القاسم (كيلا يحكم بالزيادة) أي بزيادة الاجر على قدر عمله (والافضل أن يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أي تهمة الميل إلى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة . وقال تاج الشريعة لانه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال يميل بأخذ الرشوة إلى البعض ،

ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة ، لانه من جنس عمل
القضاء ، ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ، ومن الإعتماد على قوله
وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد ، معناه
لا يجبرهم على أن يستأجروه ، لانه لا جبر على العقود ، ولانه لو تعين
لتحكم بالزيادة على أجر مثله . ولو اصطالحوا فاققسموا جاز ،

فكان هذا أرفق بالناس وأبعد عن التهمة . وفي أدب القاضي للصدر الشهيد لا يجوز
للقاضى أخذ الاجرة على القسمة لانها واجبة عليه ، والقاسم يجوز . وفي الذخيرة يجوز
للقاضى أخذ أجرة القسمة ، لان القسمة ليست بقضاء حقيقة ، حتى لا يجب على القاضى
مباشرتها ، وإنما عليه جبر الآي على القسمة إلا إن شأبها بالقضاء من حيث أنها تستفاد
بولاية القاضى حتى ملك جبر الآي دون غيره ، فمن هذا الوجه لا يستحب له أخذها ،
وبه قال الثلاثة إذا لم يكن للقاضى من بيت المال رزق .

(ويجب أن يكون) أي القاسم (عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة لانه من جنس عمل
القضاء) لان القاضى يحتاج إلى تمييز الحقوق إلى قبول قوله ، فيشترط فيه العدالة كالشاهد ،
وإنما ذكر الامانة فإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة (ولانه لا بد
من القدرة) على القسمة (وهى) أي القدرة عليها يكون (بالعلم ومن الاعتماد على
قوله) أي ولا بد من الاعتماد على قول القاسم فى تمييز الحقوق كما ذكرنا (وهو بالامانة)
أي الاعتماد على قوله يكون بالامانة بأنه مأموناً .

(ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) هذا لفظ القدوري فى مختصره (معناه)
أي معنى كلام القدوري هذا (لا يجبرهم على أن يستأجروه) أي لا يجبر القاضي المتقاهين
على استئجار قاسم معين (لانه لا جبر على العقود) لان الحق لهم ، فإذا رضوا بمن يتولى
حقهم جاز كما فى سائر الحقوق . (ولانه لو تعين) أي ولان القاسم الواحد لو تعين
(لتحكم بالزيادة على اجر مثله) وفيه ضرر عليهم ولا ضرر فى الإسلام .

(ولو اصطالحوا) أي الشركاء (فاققسموا) أي بدون رفع الأمر إلى القاضي (جاز)

إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي ، لأنه لا ولاية لهم عليه . قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الأجرة غالبية بتواكلهم ، وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر . قال وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف ومحمد « رح » على قدر الأنصاء ،

لأن في القسمة معنى المعارضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات (إلا إذا كان فيهم صغير) أي في الشركاء ، أو مجنون أو غائب (فيحتاج إلى أمر القاضي لأنه لا ولاية لهم عليه) أي على الصغير .

(قال ولا يترك القسام) أي لا يترك القاضي القسام ، وهو يضم القاف جمع قاسم كلزراع جمع زارع ، ويحوز رفع القسام بإسناده إلى الفصل المجهول ، أي لا يتركون (يشتركون كيلا تصير الأجرة غالبية بتواكلهم) وهو أن يكمل بعضهم الأمر إلى بعض . الحاصل أن القاضي لا يخلي شركتهم ، بحيث لا يتجاوز الأمر القسمة عنهم إلى غيرهم ، لأنهم في ذلك يكملون الأجر زيادة على أجر المثل فيتضرر به المتقاسمين ، بل يقول استدانت بالقسمة بلا مشاركة ، فكذا في كل واحد (وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم) أي من القسام (إليه خيفة الفوت) أي في القسمة ، والتذكير باعتبار القسم ، وانتصاب خيفة على التعليل ، أي لأجل خوف الأجر (فيرخص الأجر) على المتقاسمين .

(قال وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة) أي قال القدوري ، وقال مالك وكذا ذكر أبو القاسم بن الجلاب البصري ، صورتها دار بين ثلاثة لأحدهم النصف ، وللآخر الثلث ، وللثالث السدس فاستأجروا قاسماً بأجر معلوم فقسما بينهم . قال أبو حنيفة الأجرة عليهم أثلاثاً على كل واحد منهم .

(وقال أبو يوسف ومحمد « رح » على قدر الأنصاء) فيكون على صاحب النصف نصف الأجرة ، وعلى صاحب الثلث ثلثها ، وعلى صاحب السدس سدسها ، وبه قال الشافعي وأحمد وأصبغ المالكي في مختصر الأسرار . قال أبو حنيفة القسام على عدد

لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجره الكيال والوزان وحفر البشر
للمشركة ونفقة المملوك المشترك . ولاي حنيقة «رح» أن الاجر مقابل
بالتمييز ، وانه لا يتفاوت ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل ،
وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره ، فيتعلق الحكم بأصل التمييز ،
بخلاف حفر البشر ، لأن الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت ،

الرؤوس دون الأنصباء إلا في المكيل والموزون ، فإنها تكون على قدر الأنصباء وفي الكافي
للعامك الشهيد قال أبو حنيقة الأجر على عدد الرؤوس ، فإن كان نصيبه أقل من نصيب
صاحبه وقال لعل النصيب القليل أشد حساباً من النصيب الكثير (لأنه) أي لأن الأجر
(مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان) في المال المشترك بأن استأجروا
الكيال ليفعل المكيل ، أو الوزان ليفعل الموزون فيما هو مشترك بينهم (وحفر البشر
المشركة ونفقة المملوك المشترك) فإن المؤنة فيها على قدر الأنصباء . وكذلك إذا استأجروا
رجلاً لبناء جدار أو لبطن سطح بينهم فإن الأجر على التفاوت .

(ولاي حنيقة أن الأجر مقابل بالتمييز) لأن المعقود عليه التمييز (وأنه) أي التمييز
(لا يتفاوت) تحقيقه هنا أن القسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشي على الحدود ،
لأنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب الأجر ، كما إذا قسم بنفسه ، فدل على أن
الأجرة في مقابلة القسمة (وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل) لأن الحساب يصدق
بتفاوت الأنصباء ، ويزداد بقلة الأنصباء أو أقل تمييز يصعب صاحب القليل أشق (وقد
ينعكس الأمر) بأن يكون حساب نصيب صاحب الكثير أشق لكسور وقعت فيه
(فتعذر اعتباره) أي اعتبار كل واحد من قليل الملك وكثيره (فيتعلق الحكم بأصل
التمييز) أي إذا كان الأمر كذلك فيتعلق الحكم بأصل التمييز ، ولأنه لا يتفاوت ، لأن
القليل والكثير فيه سواء كما كان في السفر كما كان في المشقة حقاً أدير الحكم
على نفس السفر .

(بخلاف حفر البشر ، لأن الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت) أي نقل التراب

والكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف ، وإن لم يكن
للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن ، وهو يتفاوت وهو العذر
لو أطلق ولا يفصل . وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه
ومضرة الممتنع .

يتفاوت بتفاوت العمل بالقلة والكثرة (فاعتبر قدر المكيل والموزون إن كان للقسمة ،
قيل هو على الخلاف) هذا جواب عما يقال كأجرة الكيال والوزن ، يعني إن كان الكيل
أو الوزن لأهل القسمة ، قيل هو على المذكور ، فيكون الكيال والوزن بمنزلة القسام .
(وإن لم يكن للقسمة) بأن اشتريا مكيلا أو موزونا وأمر إنسانا بكيله يصير المكيل
معلوم القدر (فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت) أي عمل الكيل والوزن
يتفاوت ، فيكون الأجر على قدر الانصباء ، لأن الأجر استحق بأن فعل المكيل من غير
اعتبار إفراز ، وفعل المكيل يتقدر بقدر المكيل فيتفاوت البدل أيضاً ، كذا في الأسرار
(وهو العذر لو أطلق) أي التفاوت هو العذر ، أي الجواب عن قياسها على أجر الكيال
والوزن لو كان الأجر يجب ثمنه مطلقاً بلا تفصيل على قدر الانصباء ، فإن كيل الكبير
أشق وأصعب لا محالة من القليل ، وكذلك الوزن بخلاف القسام ، فإن القسمة إفراز ،
والشريكان فيه سواء ، فإن إفراز القليل فرز الكثير لا محالة وبالعكس (ولا يفصل)
ثأله لقوله لو أطلق أي لو أراد أجر المسألة على الإطلاق من غير أن يفصل القسمة أو ليس
للقسمة والعذر ، أي الفرق أن هناك إنما استوجب للأجر بعمله في الكيل والوزن أن يرمي
أنه لو استعان في ذلك بالشركاء ، لأن كل عاقل يعرف أنه كيل مائة قفيز يكون أكثر من
كيل عشرة أقفزة ، فلهذا كانت الأجرة عليها بقدر الملك ، بخلاف القسام .

(وعنه) أي وعن أبي حنيفة (أنه) أي أن الأجر (على الطالب) أي على طالب
القسمة (دون الممتنع) من القسمة (لنفعه) أي لنفع الطالب (ومضرة الممتنع) لأنه
امتنع لضرر يلحقه ، فلا تلزم الأجرة من لا منفعة له . وقال الأقطع روى الحسن عن أبي
حنيفة أن الأجر على الطالب للقسمة دون الممتنع . وقال أبو يوسف عليهما . وفي الهداية
وقال عليها ، وبه قالت الاثثة الثلاثة . وفي النوازل سئل أبو جعفر عن أهل قرية غرمها

قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة «رح» حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته ، وقال أصحابه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمة في قولهم جميعاً . ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمة بينهم .

الملك فأرادوا أن يقسموا فيما بينهم ، قال يقسم على عدد الرؤوس . وقال بعضهم يقسم على قدر الاملاك . قال الفقيه إن كانت الغرامة لتحصيل أموالهم قسم ذلك على قدر أملاكهم وإن كانوا غرموا لتحصيل الابدان قسم على قدر رؤوسهم التي يتعرض لهم ، ولا شيء على النساء والصبيان ، لانه لا يتعرض لهم لانه مؤنه الناس .

(قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي) أي قال القدوري وإذا حضر الشركاء عند القاضي (وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته) أي موت فلان ، وكيفية الورثة ، قيد بقوله داراً وضیعة ، لان لو كان في أيديهم عروض أو شيء مما ينقل القسم بإقرارهم انه ميراث بالإتفاق قيد بالإرث لانهم لو ادعوا شراء من غائب قسم بينهم بإقرارهم بالإتفاق في رواية الاصل على ما ذكر في الكتاب .

(وقال أصحابه) أي أصحاب أبي حنيفة وهما أبو يوسف ومحمد «رح» (يقسمها باعترافهم) أي بإقرارهم بدون بينة لئلا يكون حكمه متعدياً إلى غيرهم ، وبه قالت الثلاثة عن الشافعي لا يقسم إلى الجميع بلا بينة للاحتياط (ويذكر) أي القاضي (في كتاب القسمة) أي في صك القسمة (انه قسمها بقولهم) أي بقول الشركاء (وإن كان المال المشترك ما سوى العقار) كالعروض والحيوانات ونحوها مما ينقل (وادعوا انه ميراث قسمة في قولهم جميعاً) أي في قول أبي حنيفة وأصحابه (ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمة بينهم) هذا لفظ القدوري . قال في شرح الاقطع هكذا ذكره محمد في كتاب

لهما أن اليد دليل الملك والإقرار إمارة الصدق ولا منازع لهم
 فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري . وهذا لأنه
 لا منكر ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد ، إلا أنه يذكر في
 كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقصر عليهم ولا يتعداهم . وله
 أن القسمة قضاء على الميت إذا التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة ،
 حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها ويقضى ديونه منها . بخلاف
 ما بعد القسمة ،

القسمة . وذكر في الجامع الصغير انه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لانهم اعترفوا
 بالملك طبايع وادعوا انتقاله إليهم فلا يقبل إلا ببينة كما لو ادعوا الميراث .

(لهما) أى لابي يوسف ومحمد «رح» (أن اليد دليل الملك والإقرار إمارة الصدق ولا
 منازع لهم) أى في الظاهر (فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري ، وهذا)
 أى جواز القسمة بإقرارهم بدون البينة (لأنه لا منكر) أى لان الشأن لا منكرها هنا
 (ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد) أى البينة ، يعني فلا يكون طلب البينة بلازم (إلا
 أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقصر عليهم ولا يتعداهم) أى ولا يتعدى
 حكمه إلى غير الشركاء الحاضرين .

(وله) أى ولا يي حنيفة (أن القسمة قضاء على الميت إذا كانت التركة مبقاة على ملكه)
 أى على ملك الميت (حتى لو حدثت الزيادة قبلها) أى قبل القسمة بأن كانت الوصية
 جارية لفلان مثلاً فولدت قبل القسمة (تنفذ وصاياه فيها) أى في الزيادة حتى ينفذ
 الوصية فيها عن الثلث كأنه أوصى بها (ويقضى ديونه منها) أى من الزيادة تنفذ الوصية
 فيها بقدر الثلث كأنه أوصى بها (بخلاف ما بعد القسمة) فان الزيادة للموصى له . وفي
 جامع قاضي خان ومن أوصى بجارية لرجل ومات فولدت ولداً أو اكتسبت كان الولد
 والكسب لورثة الميت ، وإن حدثت الزيادة بعد القسمة يكون للموصى له ، وإن كانت
 الزيادة مع الجارية لا يخرج من الثلث .

وإذا كان قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من
البينة وهو مفيد ، لان بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورث ،
ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه
يقبل البينة عليه مع إقراره . بخلاف المنقول ، لان في القسمة نظراً
للحاجة إلى الحفظ .

(وإذا كان قضاء على الميت) أى وإذا كانت القسمة قضاء على الميت ذكر الفعل باعتبار
القسم (فالإقرار ليس بحجة عليه) يعني إقرارهم ليس بحجة على الميت ، لانه حجة
قاصرة (فلا بد من البينة) ليست به القضاء على الميت (وهو مفيد) أى البينة مفيد على
تأويل قيام البينة مفيد ، وهذا جواب عن قولها لانه منكر ولا بينة إلا على المنكر فلا
يفيد فقال بل يفيد (لان بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورث) فيكون مدعى عليه
لان أحدهم يحمل مدعياً والآخر مدعى عليه (ولا يمتنع ذلك بإقراره) أى لا يمتنع كونه
خصماً بسبب إقراره ، وهذا جواب عما يقال كل منهما مقر بدعوى صاحبه ، والمقر لا
يصح خصماً للمدعى عليه فقال لا يمتنع ذلك بإقراره لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصماً
(كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فان ^(١) تقبل البينة عليه مع إقراره) أى على كل
واحد من الوارث والوصي مثلاً إذا ادعى على الميت ديناً وأقر به وارثه أو وصيه يكلف
إقامة البينة وينتصب الوارث أو الوصي خصماً للمدعى عليه فقال لا يمتنع ذلك بإقراره
لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصماً له وإن كان مقراً .

(وبخلاف المنقول) جواب عن قولها كما في المنقول المورث ، وأجاب عن ذلك
بوجهين ، الاول : هو قوله (لأن في القسمة نظراً للحاجة إلى الحفظ) لأن العروض يخشى
عليها من التوى والتلف ، وفي القسمة تحصين وحفظ لها وذا لا يوجد في المقار ، أشار
إليه بقوله أما المقار محصن بنفسه فلا يخشى عليه من التوى . والثاني : هو قوله ولا كذلك
المقار عنده ، أى عند أبي حنيفة لأنه مضمون على من ثبت يده ، أشار إليه بقوله (أما

أما العقار محصن بنفسه ، ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده ، وبخلاف المشتري لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع ، وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير . قال وإن ادعوا الملك ولم يذكر كيف انتقل إليهم قسمه بينهم ، لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير لأنهم ما أقرؤا بالملك لغيرهم . قال « رض » ، هذا رواية كتاب القسمة . وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما

المقار محصن بنفسه) فلا يخشى عليه من التوى .

والثاني : هو قوله (ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده) بعد القسمة ، يعني يصير مضموناً عليه بالقبض في حق غيرهم ، ففي جمل ذلك مضموناً عليهم بعد القسمة نظراً للعت ، وإذا لا يوجد في المقار ، لأنه مضمون على من أثبت يده عند أبي حنيفة ، وهذا معنى قوله (ولا كذلك المقار عنده) أي عند أبي حنيفة .

(وبخلاف المشتري) جواب عن قولها والعقد المشتري ، تقريره أن العقار المشتري لأن القسمة فيه باعتبار ظاهر اليد ، فلا يكون استحقاقاً على الغير (لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع ، فإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير) وروى عن أبي حنيفة رحمه الله في رواية الأصول لا يقسمها بلانية كما في الميراث .

(قال وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل) أي قال القدوري لم يذكروا سبب الانتقال (إليهم) في الشراء والإرشاد غيرهما (قسمه بينهم ، لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير ، فانهم ما أقرؤا بالملك لغيرهم) لأن كل من في يده شيء فالظاهر أنه له فيقبل قولهم في القسمة

(قال رحمه الله وهذه رواية كتاب القسمة) أي قال صاحب الهداية هذا الذي ذكره القدوري بقوله وإن ادعوا الملك ... الخ كتاب القسمة من المبسوط ، وسياق الجامع الصغير على خلاف ذلك ، أشار إليه بقوله (وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما

البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسما حتى يقيما البينة أنها لهما
لاحتمال أن تكون لغيرهما . ثم قيل هو قول أبي حنيفة « رح ،
خاصة ، وقيل هو قول الكل وهو الأصح ، لأن قسمة الحفظ في
العقار غير محتاج إليه ،

البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسما حتى يقيما البينة أنها لهما (أي أن الأرض لهما ،
أي ملكها) (لاحتمال أن تكون لغيرهما) لأنها لم يذكر السبب ، واحتمل أن يكون
ميراثاً فيكون ملكاً للغير ، يحتمل أن يكون مشترى فيكون ملكاً لهما فلا يقسم احتياطاً .
(ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة) أي المذكور في الجامع الصغير ، وهو قوله
لا يقسما حتى يقيم البينة على الملك قول أبي حنيفة خاصة لا قولها ، لأن عند أبي حنيفة
الميراث لا يقسم بدون البينة وهذا العقار يحتمل أن يكون موروثاً كما ذكرنا . وعندهما
يقسم في الميراث بدون البينة ، فها هنا أولى (وقيل هو قول الكل) أي قيل المذكور
في الجامع الصغير قول أبي حنيفة وصاحبيه جميعاً ، وإليه مال فخر الإسلام في شرحه .
وقال تاج الشريعة قيل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع ، فموضع كتاب القسمة فيما
إذا ادعى الملك ابتداء ، وموضع الجامع الصغير فيما إذا ادعى اليد ابتداء ، وبيانه أنها لما
ادعى الملك ابتداء واليد ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله أنه ملكه ما لم ينزعه غيره ،
إذ الأصل أن الأملاك في يد المالك ، فيعتبر هذا الظاهر ، وإن احتمل أن يكون ملك
الغير لأنه احتمال بلا دليل ، فيقسم بينهما بناء على الظاهر ، أما إذا ادعى اليد وأعرضا عن
ذكر الملك مع حاجتهما إلى بيانه لأنهما طلبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون
إلا للمالك ، فلما سكتا عنه دل على أن الملك ليس لهما فبتاً كد ذلك لاحتمال السابق ، فلا
يقبل قولهما بعد ذلك إلا بإقامة البينة ليزول هذا الاحتمال ، وهذا معنى قوله لاحتمال
أن يكون لغيرهما .

(وهو الأصح) أي المذكور أنه قول الكل هو الأصح (لأن قسمة الحفظ في العقار
غير محتاج إليه) أراد بهذا أن القسمة نوعان ، قسمة بحق الملك لتكثير المنفعة وقسمة بحق

وقسمة الملك تقتقر إلى قيلمه ولا ملك فامتنع الجواز .
قال وإذا حضر وارثن وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار
في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين ،
وينصب وكيلاً يقبض نصيب الغائب ، وكذا لو كان مكان الغائب
صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه ، لأن فيه نظراً للغائب
والصغير ، ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضاً ،

اليد لأجل الحفظ والصيانة . والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك (وقسمة
الملك تقتقر إلى قيامه ولا ملك) أي قيام الملك لا ملك بدون البينة (فامتنع الجواز)
أي جواز القسمة .

(قال) أي القسوري رحمه الله (وإذا حضر الوارثن) في إثبات إلى القاضي (وأقاما
البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم) أي والحال أن الدار في أيديهم ، وكان
ينبغي أن يقول في أيديهما ، لأن المذكور التثنية ، ولكن فيها معنى الجمع ، وهذا أحسن
من أن يقال قوله في أيديهم ومعهم وارث وقع سهواً من الناسخ ، والصحيح في أيديهما
لأنهما لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة ، وقد ذكر بعد هذا في
الكتاب ، وإن كان العقار في يد الوارث للغائب أو شيء منه لم يقسم ، وقيل الصحيح
أنه يقال في أيديهما ومعهما على وجه هكذا بخط بعض الثقات (ومعهم وارث غائب)
أي ومعهما وارث . وقد قلنا أن في التثنية معنى الجمع (قسمها القاضي بطلب الحاضرين)
بفتح الراء تثنية حاضر (وينصب وكيلاً ويقبض نصيب الغائب) أي ينصب القاضي
وكيلاً لأجل قبض نصيب الغائب نظراً له .

(وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه ، لأن فيه) أي
في نصيب كل واحد من الوكيل والوصي (نظراً للغائب والصغير) وكذا لو كان مجنون
(ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة أيضاً عنده) أي لا بد من إقامة البينة على الوفاة
وعدد الورثة فيما إذا كان مكان الغائب صبي عند أبي حنيفة كما إذا كان معهم ولرث غائب

خلافاً لهما كما ذكرناه من قبل. ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم .
والفرق أن ملك الوارث ملك خلافه حتى يرد بالعيب ويرد عليه
بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ، ويصير مغروراً بشراء المورث
فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده ، والآخر عن
نفسه ، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين ، أما الملك الثابت
بالشراء ملك مبتدأ ، ولهذا

(خلافاً لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (كما ذكرنا من قبل) وهو قوله لم يقسمها حتى يقيموا
البينة على موته وعدد ورثته . وقال أصحابه يقسم باعترافهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم
مع غيبة أحدهم) هذا لفظ القدوري ، يعني لم يقسم وإن أقاموا بينة .
(والفرق) في دعوى الإرث إذا أقاموا البينة يقسم مع غيبة أحدهم ، وفي دعوى
الشراء لا يقسم مع غيبة أحدهم وإن أقام البينة على الوفاة وعلى الورثة (إن ملك الوارث
ملك خلافه حتى يرد) أي الوارث (بالعيب فيرد عليه) أي على بائع المورث (بالعيب فيما
اشتراه المورث) بكسر الراء وهو الميت (أو باع ويصير) أي الوارث (مغروراً بشراء
المورث) حتى لو اشترى جارية فمات فاستولدها الوارث فاستحقت يصير الوارث مغروراً
ويكون الولد حراً بالقيمة يرجع بها الوارث على البائع كالمورث في حياته (فانتصب
أحدهما) أي أحد الحاضرين (خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة
قضاء بحضرة المتخاصمين) أنه لو ادعى رجل على ميت شيئاً وأقام البينة على أحد الورثة
يقبل ويظهر الحكم في حق الحاضر والغائب ، والمعنى فيه ما ذكره من قوله إن ملك
الوارث بطريق الخلافة فيكون الوارث قائماً مقام المورث فيكون إقامة البينة على الوارث
إقامة على المورث . ولو أقيمت البينة على المورث حقيقة يظهر في حق الغائب والحاضر
جميعاً ، فكذا إذا أقيمت البينة حكماً .

(أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ) أي ملك جديد ، أراد أن الثابت أن كل
واحد منهم ملك جديد بسبب بشره في نصيبه (ولهذا) أي ولكون الثابت بالشراء

لا يرد بالعيب على بائع بانه ، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب
فوضح الفرق . وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه
لم يقسم . وكذا إذا كان في يد مودعه . وكذا إذا كان في يد الصغير .
لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير
خصم حاضر عنهما ، وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه .

مبتدأ (لا يرد) أى المشتري (بالعيب على بائع بانه) لأن بائع البائع ليس بقائم مقام
البائع (فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب) أى إذا كان كذلك لا يصلح الحاضر من
المشتريين خصماً عن الغائب منهم ، فإذا لم يكن خصماً عنه كانت البيئة في حق الغائب
قائمة بلا خصم فلا يقبل (فوضح الفرق) أى ظهر الفرق بين مسألة الإرث ومسألة الشراء
(وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم) أى من العقار ، وهذا
ايضاً من لفظ القدوري إلا قوله أو شيء منه فإنه من لفظ صاحب الهداية ، لأن القسمة
فيها استحقاق يد الغائب ولا يجوز ذلك من غير خصم حاضر عنه .

وكذا إذا كان في يد مودعه (أى وكذا لا يقسم إذا كان العقار في يد مودع الغائب ،
لأن المودع أمين فلا يكون خصماً فيما يستحق عليه .

(وكذا إذا كان في يد الصغير) أى وكذا لا يقسم إذا كان العقار في يد الصغير أو شيء
منه في يده (لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر
عنهما) أى عن الغائب والصغير ، فإذا لم يكن الخصم حاضراً لا يجوز لما ذكرنا (وأمين
الخصم ليس بخصم) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لم يجوز أن
يكون المودع خصماً لكون العين في يده ، فأجاب بأنه أمين الخصم (عنه) أى عن
الخصم (فيما يستحق عليه) أى على الخصم ، لأنه جعل أميناً في الحفظ لا غير ، فيكون

والقضاء من غير خصم لا يجوز . ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب . قال وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين ، لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً ، وكذا مقاسماً ومقاسماً ،

القول بالقسمة قوله (والقضاء من غير خصم لا يجوز) وهو معنى قوله فالقضاء من غير خصم لا يجوز ، لأنه لا بد من كون المدعى عليه خصماً كما عرف في بابهِ .

(ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها) أى فيما إذا كان المقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه ، يعنى لا يقسم القاضي وإن أقام الحاضر البينة على الوفاة وعدد الورثة (هو الصحيح) احتراز به عما روى الكرخي فى مختصره عن أبى يوسف فقال وقال أبو يوسف إن كانت الدار فى يد الغائب أو فى يد الصغير أو فى أيديهما منه شيء لم أقسمها حتى يقيم البينة على الموارث ، وكذلك الأرض ، وقول محمد أشهر ، فقد قال بالقسمة عند قيام البينة كما ترى ، وإليه ذهب صاحب التحفة حيث قال وإن كانت الدار فى يد الغائب أو فى يد الصغير أو فى أيديهما منه شيء فإنه لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاتفاق ، وبه قالت الثلاثة . وفى فتاوى قاضى خان لم يقسم وإن أقام البينة ما لم يحضر الغائب وهو رواية (كما أطلق فى الكتاب) قال الاترازى فى مختصر القدورى أراد به قوله لم يقسم لأنه لم يفصل بين قوله البينة وعدمها . وقال الكاكي فى الجامع لقوله لم يقسم من غير ذكر إقامة البينة ، والصواب مع الأول . قال وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة (أى قال القدورى) لأنه لا بد من حضور خصمين ، لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً (بكسر الصاد ، ومخاصماً الثانية بفتح الصاد ، وهذا عند أبى حنيفة « رح ») (وكذا مقاسماً) أى وكذا لا يصلح مقاسماً بكسر السين (ومقاسماً) بفتح السين ، وهذا عندهما لأنه لا يحتاج إلى إقامة البينة عندهما ، وإنما ذكر المقاسمة لأنه ليس من ضرورة كون الشخص خصماً أن

بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ، ولو كان الحاضر صغيراً وكبيراً نصب القاضي عن الصغير وصياً ، وقسم إذا أقيمت البينة . وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبوا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه . وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه .

يكون مخصصاً كما في الحمام المشترك ، فإن الشركاء خصوم وغير مقاسمين . وعن أبي يوسف أن القاضي ينصب عن الغائب خصماً ويسمع البينة عليه ويقسم الدار ، كما لو ادعى أجنبي ديناً على الميت ولا وارث له ولا وصي فانه ينصب عنه وصياً .
(بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين) حيث يقسم ، لأنه أمكن أن يحمل أحدهما مدعياً والآخر خصماً عن الميت وعن باقي الورثة (على ما بينا) أراد به قوله وإذا حضر وارثان وأقاما البينة إلى آخره ، وذلك لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت وعن سائر الورثة .

(ولو كان الحاضر كبيراً أو صغيراً نصب القاضي عن الصغير وصياً وقسم إذا أقيمت البينة) ذكر هذا تقريراً على مسألة القدوري . وفي الذخيرة : القاضي إنما ينصب وصياً عن الصغير إذا كان حاضراً ، أما إذا كان غائباً فلا ينصب عنه وصياً ، بخلاف الكبير الغائب على قول أبي يوسف . وبخلاف ما إذا وقعت الدعوى على الميت حيث ينصب وصياً عن الميت ، وذلك لأن الصغير إذا كان حاضراً صحت الدعوى عليه ، إلا أنه عاجز عن الجواب فيثبت عنه خصماً ، أما إذا كان غائباً لم تصح الدعوى عليه ولم يتوجه الجواب عليه ولم تقع الضرورة على نصب الوصي فلا ينصب .

(وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها) أي في الدار ، وهذا أيضاً ذكره تقريراً على مسألة القدوري (وطلبوا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت ، والموصى له عن نفسه) قوله الكبير بالجر

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم ،
لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من
قبل . وإن كان ينتفع أحدهم ويستنصر به الآخر لقلة نصيبه فإن
طلب صاحب الكثير قسم ،

والموصى له عطف عليه ، وكلاهما بدل من قوله الحصين ، ويجوز رفعها على أنه خبر
مبتدأ محذوف ، أي أحدهما الكبير أي الوارث الكبير خصم عن الميت ، والآخر الموصى
له خصم له عن نفسه ، ويجوز نصبها بتقدير أعني .

(وكذا الوصي عن الصبي) أي وكذا الوصي خصم عن الصبي فإذا كان الحاضر
كبيراً أو وصي الصبي (كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ) إن كان الصبي خصماً بنفسه بعد
بلوغه (لقيامه مقامه) أي لقيام الوصي مقام الصبي .

(فصل فيما يقسم وما لا يقسم)

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم أفرعها بالفصل .

(قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) أي قال
القدروري في مختصره (لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها) أي فيما يحتمل القسمة ، أراد
باحتمال القسمة أن ينتفع كل واحد منها بنصيبه بعد القسمة (عند طلب أحدهم على
ما بيناه من قبل) أشار به إلى قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة
ولا خلاف فيه العلماء .

(وإن كان ينتفع أحدهم ويستنصر به الآخر لقلة نصيبه ، فإن طلب صاحب الكثير
قسم) أي جبرا ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك «رح» في المشهور عنه ، وفي رواية
عن مالك لا يجبر ، واختاره ابن القاسم ، وبه قال أبو ثور . وقال ابن أبي ليلى لا يقسم

وإن طلب صاحب القليل لم يقسم ، لأن الأول منتفع به فاعتبر
طلبه ، والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر . وذكر الجصاص على
قلب هذا ، لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر
يرضى بضرر نفسه .

ولكن يباع ويقسم ثمنها ، وكذلك إذا كان سائر الشركاء لا ينتفعون بأنصابتهم
الطالب يقسمها جبراً .

(وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) أى إذا كان صاحب القليل لا ينتفع بنصيبه بعد
القسمة لا يقسم ، وبه قال الشافعي في الأصح (لأن الأول) أى صاحب الكثير (ينتفع
به) أى بنصيبه (فاعتبر طلبه) لأنه طالب بحق ثابت له (والثاني) أى صاحب القليل
(متعنت في طلبه فلم يعتبر) لأنه طلب شيئاً يستنصر به فلا منفعة له في القسمة فيكون
متعنتاً في دعواه ، وهو من العنت وهو من الشدة . وفي العباب العنت الوقوع في أمر
شاق وقد عنت من باب فعل بالكسر ، وعند تهذيب اللغات يقال عنت متعنتاً إذا
جاءك يطلب زلتك . قلت والعنت الإثم أيضاً ، والعنت الزنا والفجور أيضاً .

(وذكر الجصاص) وهو أبو بكر أحمد بن علي الرازي (على قلب هذا) أى على
عكس هذا فقال يقسم إذا طلب صاحب القليل ، لأنه رضى بضرر نفسه ولا يقسم إذا
طلب صاحب الكثير ، لأنه يوقع الإضرار بغيره ، وهو معنى قوله (لأن صاحب الكثير
يريد الإضرار بغيره والآخر) وهو صاحب القليل (يرضى بضرر نفسه) وهكذا نقل
المصدر الشهيد في شرحه لأدب القاضي عن الجصاص ، وكذلك نقل عنه في الفتاوى
الصغرى وكذلك نقل عن صاحب الهداية .

وقال الأتراسي ولنا في هذا النقل منه نظر ، لأن الجصاص وهو أبو بكر الرازي ذكر
في شرحه ما ذكره الخصاص في أدب القاضي بعينه ولم يذكر خلاف ذلك ، كذلك ذكره
الخصاص في شرحه لمختصر الطحاوي كما ذكره أحمد بن عمرو الخصاص ولم يذكر خلاف
ذلك . وقال الخصاص في أدب القاضي وإن كان الضرر إنما يدخل على أحدهما ، لأن

نصيبه قليل والآخر نصيبه كثير فطلب صاحب النصيب الكثير القسمة وإن ذلك الآخر، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالوا يقسم ذلك بينهما إلى هنا لفظ الخصاص ولم يذكر لهما قولاً ، ولكن الطحاوي ذكر المسألة في مختصره تخصيص أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » فقال إن كان الذي يصيب الطالب منهما ينتفع به لكثرة وما يطلب الآخر فما ينتفع به لقلته فساها بينهما إلى هنا لفظ الطحاوي « رح » .

وقال أبو بكر الرازي وهو الجصاص ، لأن الطالب حقاً في هذه القسمة وهو الانتفاع بملكه متميز أعلى حق غيره ومنع غيره من الانتفاع بملكه ، والذي أباه إنما يريد الانتفاع بملك غيره ويحجر على القسمة إلى هنا لفظه ، ولم يذكر غير هذا . وقال في الفتاوى الصغرى دار بين رجلين وطلبا القسمة جميعاً وتراضيا بذلك وليس نصيب كل منهما ما ينتفع ، فإن القاضي يقسم ذلك بينهما ، لأن الملك لهما وقد تراضيا بهذا الضرر ، وإن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر لم يقسم القاضي بينهما لأن الطلب متعنت مضر بالآخر ، وإن كان الضرر يدخل على أحدهما بأن كان نصيبه قليلاً بحيث لا يبقى منتفعاً بعد القسمة ، ونصيب الآخر كثير يبقى منتفعاً بعد القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة . فالقاضي يقسم . وإن طلب صاحب القليل وأبى الآخر لا يقسم ، هكذا ذكر الخصاص ، يعني في أدب القاضي .

وذكر الجصاص على عكس هذا ، فذكر في قسمة الواقعات دار بين شريكين لأحدهما وللآخر قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة طلب صاحب الكثير القسمة وأبى صاحب القليل قسمت الدار بينهما بالاتفاق . وإن طلب صاحب القليل وأبى صاحب الكثير قال الكرخي في مختصره لا يقسم ، وإليه مال الفقيه أبو الليث وجعل هذا قول أصحابنا ، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام الأسنيجاني وذكر الحاكم الجليل في مختصره أن يقسم ، وإليه ذهب شيخ الإسلام خواهر زاده وعليه الفتوى ، وهذا خلاف ما ذكر في أدب القاضي إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى . وقال الكاكي وفي بعض النسخ ذكر الخصاص مكان الجصاص ، وذكر الجصاص وهو الأصح لأنه موافق لرواية قاضي خان وغيرها ، وفي الذخيرة قول الخصاص ما هو المذكور أولاً .

وذكر الحاكم الشهيد في مختصره إن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي ،
والوجه اندرج فيما ذكرناه ، والأصح المذكور في الكتاب وهو
الأول . وإن كان كل واحد يستنصر لصغره لم يقسمها إلا
بتراضيهما ، لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة ، وفي هذا تقويتها ،
ويجوز بتراضيهما ، لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما ، أما
القاضي فيعتمد الظاهر .

(وذكر الحاكم الشهيد في مختصره) وفي بعض النسخ الصدر الشهيد (أن أيهما طلب
القسمة يقسم القاضي) أي الشريكين طلب قسمة الدار والأرض يقسم القاضي سواء كان
الطالب صاحب الكثير أو القليل (والوجه اندرج فيما ذكرناه) أي وجه ما ذكره الحاكم
اندرج فيما ذكرناه . قال تاج الشريعة أي وجه ما ذكره الحاكم مندرجاً في وجه رواية
الكتاب ورواية الجصاص ، لأن وجه رواية الكتاب أن صاحب الكثير طالب لتكميل
حقه وتوفير منفعته ، ووجه الجصاص أن صاحب القليل رضي بضرر نفسه لتفيع الغير
فيقسم بطلبه (والأصح المذكور في الكتاب) أي في مختصر القدوري (وهو الأول)
أي المذكور في الكتاب هو المذكور أولاً وهو أنه لا يقسم إذا طلب صاحب
القليل لأنه متعنت .

(وإن كان كل واحد منها يستنصر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما) هذا لفظ
القدوري إلا قوله لصغره (لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة ، وفي هذا تقويتها) أي
وفي الجبر على القسمة ، وهذا تقوية المنفعة (ويجوز بتراضيهما ، لأن الحق لهما وهما أعرف
بشأنهما ، أما القاضي فيعتمد الظاهر) والقاضي على الضرر جائز ، وعلى الرياء لا يجوز ،
ولهذا لو تراضيا على قسمة الحمام والثوب جائز ، وإن كان لا يشفع كل واحد منها بنصيبه
بعد القسمة ، وإن كان حنطة بين رجلين ثلاثون رديئة وعشرون جيداً فأخذ أحدهما
عشرة جيداً والآخر ثلاثون رديئة ، وقبعة العشرة مثل قيمة الثلاثة فإنه لا يجوز لأنه
ربا والرضا بالربا لا يجوز .

قال ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد، لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة .
ولا يقسم الجنسين بينهما بعضهما في بعض ، لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً ، بل تقع معاوضة ، وسبيل التراضي دون جبر القاضي . ويقسم كل موزون ومكيل كثير أو قليل،
والمعدود المتقارب وتبر الذهب

(قال يقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) قال القدوري يعني يقسم جبراً إذا كانت من صنف واحد ولا يعلم فيه خلافاً إلا عند أبي جبير من أصحاب الشافعي وأصحاب الظاهر وأبي ثور . وقال في شرح الطحاوي الكيلي والوزني والذي ليس في تبعيضه مضرة إذا طلب أحدهما قسمته فان القاضي يقسم بينهما ، وكذلك العددي المتقارب ، وإن كانت أغناماً أو إبلًا أو بقرًا أو جماعة ثياب من جنس واحد فانه يقسمها ، فأما الرقيق فلا يقسم بينهم عند أبي حنيفة لأنها كأجناس مختلفة لاختلاف منافعهم ، وعندهما يقسم كالأغنام والإبل والبقر . وإن كان مع الرقيق مال أخذ قسمه كله في قولهم (لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة) لإمكان التعديل بالكيل والوزن تمييزاً بلا تفاوت ، وكذلك الذهب والفضة والعددي المتقارب . وأما الثياب والحيوانات فيمكن أن يجعل كل اثنين منها بواحد أو واحد وبعض واحد .

(ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض) هذا لفظ القدوري في مختصره ، أي لا يقسم القاضي جبراً الاجناس المختلفة قسم الجميع بأن جمع نصيب أحدهما في الإبل والآخر في البقر ، وبه قال مالك والشافعي ورح ، (لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً ، بل يقع معاوضة وسبيل التراضي دون جبر القاضي) لان ولاية الإيجاب للقاضي ثبت معنى التمييز .

(ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثير أو قليل) ذكر هذا تقريراً على مسألة القدوري (والمعدود المتقارب) بالنصب أيضاً ، أي يقسم المعدود المتقارب (وتبر الذهب

والفضة وتبر الحديد والنحاس والإبل بانفرادها ، والبقر والغنم ،
ولا يقسم شاة وبعيراً وبرذوناً وحماراً ، ولا يقسم الاواني لانها
باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة

والفضة ، وتبر الحديد والنحاس) بالنصب عطف على المنصوب قبله ، والتبر القطعة
الماخوذة من المعدن (والإبل بانفرادها والبقر والغنم) بالنصب أيضاً ، أى يقسم الإبل
والبقر بانفرادها وهو بكسر الهمة والباء الموحدة . وفي بعض النسخ . والآنك بفتح
الهمزة وضم النون وفي آخره كاف وهو الاشرب ، وهي مناسبة لما قبله ، والنسخة الاولى
مناسبة لما بعدها ، فافهم . والبقر والغنم بالنصب أيضاً عطفاً ، أى يقسمها بانفراد كل
واحد منها لقلة التفاوت .

(ولا يقسم شاة وبعيراً وبرذوناً وحماراً) أى لا يقسم القاضى جيراً في هذه الاشياء
قسمة جميعاً بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الاخرى في البعير
خاصة ، بل يقسم الشاة بينها والبعير بينهما على ما يستحقان . وفي الذخيرة والحاصل أن
القاضي رحمه الله لا يقسم الاجناس المختلفة من كل وجه قسمة جميع إذا أتى ذلك بعض
الشركاء . وفي الجنس المتحد يقسم عند طلب البعض ، وبه قال الفقهاء . وقال أبو ثور
وأصحاب الظاهر يقسم في الاجناس المختلفة ويخرج نصيب كل ما يقرعه في شخص من
أشخاص وفي نوع من أنواعه استدلالاً بما روى البخاري عن علي بن الحاكم الانصاري
باسناده إلى رافع بن جريج أنه رضي الله عنه قسم الغنيمة بعدد عشرة من الغنم بتغيير واحد . قلنا
حديث غريب فلا يترك لاجل عمومات النصوص في أن الجبر لا يجري في المبادلات والقسمة
بالسهم في الاجناس المختلفة مبادلة حقيقة ، مع أن الحديث لا يكون حجة لاحتمال أن
ذلك بطريق القسمة بالتراضي بقرينة لفظ تعدل عشرة الحديث مع أن حق الغائمين في
المالية لا في المعين ، ولهذا للامام بيها وقسمة ثمنها .

(ولا يقسم الاواني) من الذهب والفضة والنحاس بعضها في بعض (لأنها باختلاف الصنعة
التحقت بالاجناس المختلفة) كالإجانة والقمقم والطشت ، والمتخذة من الصفر مثلاً .

ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ، ولا يقسم ثوباً واحداً
لاشتمال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع ، ولا
ثوبين إذا اختلفت قيمتهما لما بينا ، بخلاف ثلاثة أثواب إذا
جعل ثوب بثوبين

وكذلك الأبواب المتخذة من القطن أو الكتان إذا اختلف بالصنعة كالقباء والجبة والقميص
لا يقسم بعضها في بعض جبراً .

(ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الجنس^(١)) احتراز به لأنها أجناس مختلفة ، والقسمة
تكون بطريق المعاوضة عن اختلاف الصنعة لأنه ذكره في المبسوط ولا يقسم ثوباً لظباً
وثوباً هروباً وسادة وبساطاً لأنها أجناس مختلفة ، والقسمة تكون بطريق المعاوضة والجبر
لا يجري في المعاوضات فلا بد من التراضي (ولا يقسم ثوباً واحداً لاشتمال القسمة على
الضرر ، إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع) هذا أيضاً تفريع على مسألة القدوري ، أي الثوب
الذي يخالف أوله آخره في الجودة ، أو يكون ذا علم بعد قطعه يكون إتلافاً ، حتى لو لم
يكن كذلك قسمة . قوله لاحتمال القسمة على الضرر إذا هي لا تتحقق إلا بالقطع ، لأنها
إتلاف جزء منها ومنه ، وفي ذلك ضرر على المتقاسمين فلا يجوز للقاضي فعله ، فإن تراضيا
لم يفعله القاضي أيضاً لما فيه من إتلاف الملك ، ولكنها يقتسمانها إن شاء الله تعالى بأنفسهما ،
أي ولا يقسم القاضي أيضاً .

(ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما) لأنه لا يمكن التعديل إلا بزيادة دراهم مع الأوكس ،
ولا يجوز إدخال الدرام في القسمة جبراً ، لأن القسمة حق في الملك المشترك والشركة
بينهما في الثياب ، فلو أدخل في القسمة دراهم يقسم ما ليس بمشترك ، وهذا لا يصح ، فإن
تراضيا على ذلك جاز للقاضي بأن يقسم ، لأنه إتلاف في ذلك لما لهم ، كذا في شرح
الأقطع (لما بينا) إشارة إلى قوله بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي .

(بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين) يعني يصح قسمتها بأن يجعل ثوب بثوبين

(١) الصنف - هامش .

أو ثوب وربيع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب ، لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز .

يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وإلى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطى أحدهما ثوباً وللآخر ثوبين (أو ثوب وربيع ثوب) أي ويجعل ثوب وربيع ثوب (بثوب وثلاثة أرباع ثوب) فإن كانت ثلاثة أثواب قيمة أحدهم دينار وربيع وقيمة الآخر دينار وثلاثة أرباع دينار فإنه يقسم ويعطي الثوب الذي قيمته دينار وربيع دينار لواحد ، ويعطي الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار والثوب الآخر يشترك بينهما أرباعاً ، ربع لمن أخذ الثوب الذي قيمته دينار وربيع دينار، وهذا لا يصير قسمة (لانه قسمة البعض المشترك دون البعض) لأن كل واحد منهما منفرد بثوب ويبقى الشركة في ثوب ، وفي النهاية الأصح أن يقال وإن استوت القيمة كان نصيب كل واحد ثوباً ونصفاً فيقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركاً، وكذا لو استقام أن يجعل نصيب أحدهما ثوباً وثلاثي الآخر كما ذكرنا .

وقال الكرخي في مختصره وكل صنف من الثياب ليستقيم فيه القسمة ، فأما الثياب الواحد فلا يستقيم فيه القسمة ، وكذلك الثوبان إذا اختلفت قيمتهما لا تستقيم القسمة، إلا أن يراد دفع الأوكس دراهم قسمناه على الذي نصيبه الأفضل ، فإن كان أحد الثوبين يساوي عشرين والآخر يساوي ثلاثين فإنهما يقومان على هذه القيمة ثم يفرع بينهما على أيهما أصابه الأوكس وأخذ ذلك مع سدس الأفضل ، فان كرها ذلك وأجما على أن يزداد دراهم أسهم بينهما على أنه أيهما أصابه الأفضل رد خمسة دراهم على صاحب الأوكس والثوب للواحد لا يستقيم فيه إذا كره أحدهما ، فإن اختارا ذلك ما لم يقسم إلا أن يصطلحا على سعة فيما بينهما ، فأما الحاكم فلا يسعه وثلاثة أثواب يستقيم فيها القسمة على ما فسر لك من القيم ثوب بثوبين أو ثوب وربيع ثوب وثلاثة أرباع أو دراهم يردّها الذي نصيبه الأفضل على صاحب الأوكس ، لأن قيمة ذلك البعض دون البعض (وذلك جائز) لأنه يتيسر عليه التمييز في بعض المشترك ، ولو تيسر ذلك في الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك

وقال أبو حنيفة « رح » لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما . وقالوا
يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم . وله أن
التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة ،

في البعض وما فيه معاوضة يحتاج إلى التراضي .

(وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) أي باتفادهما ، أما
إذا كان مع الرقيق شيء آخر يقسم بالاتفاق ، وهذا أيضاً من مسائل القدروري . وقال
السفناقي في الباب الثاني من كتاب المضاربة في الجامع الكبير أن أبا حنيفة لا يرى قسمة
الرقيق وإن كان الجنس واحداً للتفاوت بين الرقيقين في الذكاء والرهن ، والحقهما بالجنسين
المختلفين ، ومعناه أي لا يجمع نصيب كل شريك في رقيق واحد فكذلك عندهما على رواية
الجامع الصغير وكتاب المضاربة الكبيرة قبل أن رأى القاضي الصلاح في القسمة ، فأما على
رواية كتاب الصوم ورواية كتاب العين بريان القسمة ويحملان نصيب كل شريك في
رقيق واحد ، انتهى .

وقال فخر الدين قاضي خان وفي كتاب الوصايا من الجامع الصغير قال أبو حنيفة
لا يقسم الرقيق ، يريد به قسمة الجهم بأن يحمل نصيب أحدهما في عبد ، ونصيب الآخر
في عبد فيدفع عبداً إلى هذا وعبداً إلى ذلك في غير رضى الشركاء إلا أن يكون معهم
شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع ، فحينئذ يقسم ويحمل الرقيق بيعاً كغيرهم ، وقالوا
القاضي بالحيار إن شاء قسم الكل دفعة واحدة ، وإن شاء قسم كل عبد قسمة على حدة .

(وقالوا يقسم الرقيق) أي قسمة جبر ، وبه قالت الثلاثة (لاتحاد الجنس) يعني أن
الرقيق جنس واحد إذا كانوا ذكوراً أو إناثاً ، وإنما التفاوت في القيمة وذا لا يمنع الصحة
(كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم) أي وكما يقسم بالاتفاق في الإبل والبقر ، فكما يقسم
رقيق الغنمية بلا خلاف كسائر الاموال ، ولكون الرقيق كسائر الحيوان في العقود
ثبتت في الذمة مهرأ ولا يثبت سداً .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة)

فصار كالجنس المختلف ، بخلاف الحيوانات ، لان التفاوت فيها يقل
عند اتحاد الجنس ، ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان
ومن الحيوانات جنس واحد ، بخلاف المغام ، لان حق الغائمين في
المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها ،

كالذهن والكياسة والامانة والفروسية والكتابة ، ألا ترى أن واحداً قد يظهر الفطنة
والفضل وهو تلبيته في نفسه أبله ، وقد يظهر البله وله ذهن وافر وعلم غزير ، وهذا ظاهر
حيث لا ينكر عاقل مستغن يدل عليه قول بعضهم ولم أر في الدنيا أشد تفاوتاً من الناس
حتى عد ألف بواحد ، وقال الآخر الأدب فرد يعدل الالف زائداً وألفاً ترام لا يساوون
واحداً ، ولأن المطلوب من العبد منه يختلف اختلافاً فاحشاً ، لانه قد يقصد من أحدهما
الزراعة ومن الآخر الخدمة ونحو ذلك ، ويصلح من أحدهما كما لا يصلح الآخر ، وإذا
اختلفت الاعراض (فصار كالجنس المختلف) فتعذر التعديل بين الامرين إلا إذا كان مع
العبد مال آخر ، فحينئذ يقسم قسمة الجمع من غير رضى الشركاء ، فيجعل الرقيق تبعاً
ولا يثبت مقصوداً كبيع الشرب والطريق ونحو ذلك .

فإن قلت مثل هذا يجب أن لا يقوم المستهلك من العبد قلت لما لم يكن في التقوم به
قوم فالقسمة منها به ، فلم يجوز أن يثبت من غير تعديل .

(بخلاف الحيوانات ، لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس) جواب عن قولهما
لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ، وقيد بقوله عند اتحاد الجنس احترازاً عما إذا اختلف
الجنس وان الجنسين لا يقسم بعضهما في بعض على ما مر .

(ألا ترى) توضيح لبيان الفرق نهى الرقيق وسائر الحيوانات (أن الذكر والانثى من
بني آدم جنسان ، ومن الحيوانات جنس واحد) وليس ذلك إلا باعتبار التفاوت ، حتى
لو اشترى شخصاً على أنه عبد فاذا هو جارية لا ينعقد العقد ، ولو اشترى غنماً أو إبلاً على
انه ذكر فاذا هو انثى ينعقد العقد (بخلاف المغام) جواب عن قولهما رقيق المغنم وذلك
(لان حق الغائمين في المالية حتى كان للإمام بيعها) أي بيع الغنائم (وقسمة ثمنها) بين

وها هنا يتعلق بالعين والمالية جميعاً فافترقا . فأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ والياواقيت . وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ، ويقسم الصغار لقلة التفاوت ، وقيل يجري الجواب على إطلاقه ، لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ، ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ، ويصح ذلك

الغائمين (وها هنا) أي في شركة الملك (يتعلق بالعين والمالية جميعاً فافترقا) أي فافترق حكم رقيق المغن وحكم شركة المالك ، فلا يجوز ، وقياسهما من أحدهما على الآخر . فان قيل لو تزوج أو خالع على عبد صح ، فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك ، أجب بأن القسمة تحتاج إلى الإفرز فلا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم ، فانه لا يحتاج إليه .

(وأما الجواهر) لما ذكر أولاً شيئين بقوله الرقيق والجواهر ، وبين حكم الرقيق شرع في بيان الجواهر فأما التفصيلية (فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم) أشار به إلى أن الجواب فيه على التفصيل على قول بعضهم وإن كانت أجناساً (كاللآلئ والياواقيت) لا يقسم بعضها في بعض فان إنفرد جنس منها أمكن التعديل فيها منه ، فجازت قسمته ، وإليه ذهب الشيخ أبو منصور في شرحه .

(وقيل لا يقسم الكبار منها) أي من اللآلئ والياواقيت (لكثرة التفاوت ، وتقسم الصغار لقلة التفاوت) وهذا ظاهر ، وكذا الحكم في الزمرد والبلخش والفيروزج ونحو ذلك . (وقيل يجري الجواب على إطلاقه) أي جواب القدوري ، اراد بإطلاقه انه لا يقسم الجواهر مطلقاً أصلاً (لان جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق) والرقيق لا يقسم عند أبي حنيفة فالجواهر أولى .

(ألا ترى انه لو تزوج) توضيح لما قبله ، يعني لو تزوج امرأة (على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية) لفحش الجهالة (ويصح ذلك) أي التزوج والخلع

على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة . قال ولا يقسم حمام ولا بشر
ولا رحي إلا أن يتراضى الشركاء ، وكذا الحائط بين الدارين
لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين ، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به
انتفاعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي ،

(على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة) وبه قالت الثلاثة .

(قال ولا يقسم حمام ولا بشر ولا رحي إلا أن يتراضى الشركاء) أى قال القدوري
وبه قالت الثلاثة . إلا أن الشافعي « رح » شرط أن يكون الحمام صغيراً بحيث لا يمكن
الانتفاع به بعد القسمة ، فأما إذا كان كبيراً ممكن الانتفاع به بعد القسمة يقسم جبراً ،
وبه قال مالك . وقال علاء الدين الأسيجاني في شرح الكافي هذا في الحمام الصغير
الذي إذا قسم لا يبقى منتفعاً به انتفاع الحمام ، فأما إذا بقي نصيب كل واحد منهما بعد
القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس كأنه يقسم لانعدام الضرر ، إلا أن يتراضوا على
القسمة لأنهم رضوا بحمل الضرر .

(وكذا الحائط بين الدارين) أى وكذا لا يقسم الحائط الكائن بين الدارين جبراً .
وقال الشافعي إن أراد أحدهما قسمة في نصف الطول في كمال العرض فيه وجهان ،
أحدهما يجبر الآبي ، والاصح أنه لا يجبر ، وإن أراد أحدهما قسمته عرضاً في كمال
الطول والحائط عرض في الاصح يجبر ، وقيل لا يجبر كذا في الحلية (لأنه يشتمل على
الضرر في الطرفين ، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي)
أي إذا كان كذلك فلا يقسمها القاضي .

وفي شرح الكافي للأسيجاني قال أبو حنيفة إذا كان بين قوم إن اقتسموا لم يكن
لبعضها طريق ولا يمر فأراد بعضهم قسمته لم يقسمه ، وكذلك إذا كان في قسمته ضرر
على بعض دون بعض في ضيق الطريق وأنه لا يجد طريقاً لم أقسمه بينهم إلا أن يتراضوا
جميعاً ، وإذا كان يكون لكل واحد طريق فأخذ قسمته وإذا طلب ذلك أحدهم . وإذا
كان طريق بين رجلين إن اقتسما لم يكن لواحد منها فيه يمر ولكن لكل واحد منها

بخلاف التراضي لما بينا . قال وإذا كانت دور مشتركة في مصر
واحد قسم كل دار على حداثها في قول أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا
إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها ، وعلى هذا الخلاف
الأقربة المتفرقة المشتركة .

بقدر أن يفتح في منزله باباً ويحمله طويلاً من وجه آخر فأراد أحدهما قسمته بينهما لأنه
يقدر على الانتفاع فملكه من طريق آخر ، وليس الشرط بقاؤه منتفعاً به من هذه
الجهة ، بل بقاؤه منتفعاً به في الجملة وأنه حاصل . وإذا كان مسيل ماء بين رجلين أراد
أحدهما قسمته وأبى الآخر وإن كان فيه موضع مسيل الماء سوى هذه أقسمه ، وإن لم
يكن له موضع إلا بضرر لم أقسمه .

(بخلاف التراضي) لالتزامهم الضرر (لما بينا) أشار به إلى ما ذكره في أول
الفصل بقوله وإن كان كل واحد منهما يستضر لصنعه لم يقسمها إلا بتراضيهما .

(قال وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد) أي قال القدوري إذا كانت دار
مشتركة بين قوم في مصر واحد ، وفائدة التقييد بمصر واحد يأتي عن قريب (قسم
كل دار على حداثها في قول أبي حنيفة) أي لا يجمع نصيب أحدهم في دار واحدة إلا
بالتراضي ، وبه قال الشافعي رحمه الله وأحمد ، وحكي عن مالك أنه قال إن كانت متجاورة
جاز قسمة الجميع كما قال ، وإن كانت متفرقة لا يجوز كما قال أبو حنيفة .

(وقالوا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) يعني أن القاضي ينظر في
ذلك ، وإن كانت أنصباء أحدهم إذا اجتمعت في دار كان أعدل القسمة جميع ذلك ،
لأن الدور في حكم جنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو السكنى ، وباعتبار الاسم واتحاد
البلد والجنس الواحد يقسم كالقنم وغيره على ما يأتي الآن (وعلى هذا الخلاف الأقربة
المتفرقة المشتركة) أي على الخلاف المذكور ، والأقربة جمع قراح ، وهي أرض خالية
عن الشجر والبناء وغيرهما ، فعنده لا يقسم قسمة جمع ، وعندهما يقسم . ولأصحاب
الشافعي فيه خلاف ، فقال إسحاق الشيرازي إن كانت متجاوزة جاز قسمة الجمع ،

لها أنها جنس واحد اسماً وصورة نظراً إلى أصل السكنى أجناس
معنى نظراً إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى ، فيفوض الترجيح
إلى القاضي . وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ، ويختلف
ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء
اختلافاً فاحشاً ، فلا يمكن التعديل في القسمة ، ولهذا لا يجوز
التوكيل بشراء دار .

وقال غيره من أصعابه يجعل كالقراح الواحد إذا كان شريهاً واحداً ، وأما إذا كان شريهاً
وطريقها مختلفاً فهو كالأقرحة لا يقسم قسمة جبر . وفي الحلية وهذا أشبه .
(لها) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أنها) أي الدور (جنس واحد اسماً
وصورة نظراً إلى أصل السكنى) لاتحاد المقصود بها (أجناس معنى ، نظراً إلى اختلاف
المقاصد ووجوه السكنى) من الطول والعرض والارتفاع والثبوت والمرافق والجيران
والقرب إلى الماء والمسجد والبعد عنها وغير ذلك ، فعند تعارض الأدلة ينظر القاضي في
ذلك ويعمل بالأصلح أشار إليه بقوله (فيفوض الترجيح إلى القاضي) أي الرأي في ذلك
له ، فإن رأى أن يقسم كل دار قسم ، وإن رأى الجمع فعل كذا في الفتاوى الظهيرية .
(وله) أي ولأبي حنيفة (ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود) أى المعنى هو المقصود
(ويختلف ذلك) أي المقصود (باختلاف البلدان) لأنه قد يكون السكنى في مصر
(والمحال) جمع محلة ، لأنه قد يكون محلة آمن من الأخرى وأحسن هو (والجيران)
جمع جار ، لأنه قد يكون الجيران في محلة صلحاء دون جيران الأخر (والقريب إلى
المسجد والماء) بأن يكون أحدهما قريباً من المسجد أو من الماء ، والأخرى بعيدة منها ،
وقد يكون أحدهما أقره من الأخرى وغير ذلك من المقاصد (اختلافاً فاحشاً) نصب
لقوله يختلف (فلا يمكن التعديل في القسمة) أي إذا كان كذلك لا يمكن التعديل
فيها ، فلا يقسم جبراً ، لأنها تصير حينئذ في حكم الأجناس ، فيقسم كل دار على حدة
(ولهذا) أي ولتفاحش الاختلاف (لا يجوز التوكيل بشراء دار) كما لا يصح بشراء
قوب للجهالة .

وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيها
في الثوب ، بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها ،
لأن في قسمة كل بيت على حدة ضرراً فقسمت الدار قسمة واحدة .
قال « رض » تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين
إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما ، وهو رواية هلال
عنها . وعن محمد « رح » أنه يقسم أحدهما في الأخرى والبيوت

(وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيها) أي في التوكيل والتزويج
(في الثوب) يعني كما لو وكل بشراء ثوب أو يتزوج على ثوب فإنه لا يصح كما ذكرنا
(بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها ، لأن في قسمة كل بيت على حدة ضرراً ،
فقسمت الدار قسمة واحدة) الحاصل أن الدار لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة إلا
برضاء الشركاء ، سواء كانت مجتمعة أو متفرقة ، والبيوت تقسم قسمة واحدة مجتمعة
كانت أو متفرقة لعلّة التفاوت بين البيوت والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة
تقسم كالدار الواحدة تبعاً ، وإن كانت في دور متفرقة أو كانت في دار واحدة ولكنها
متباينة بأن كان أحد المنازل في أقصاها والأخرى في أدها . فالجواب فيها كالدار في
قولهم ، لأن المنزل شبيهاً بالدار ، والبيت جزء حطه (١) منها .

(قال تقييد الوضع بالكتاب) أي قال المصنف تقييد وضع المسألة في مختصر
القدوري ، يعني به الذي قال وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحدة (إشارة إلى أن
الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما ، وهي رواية هلال عنها) أي
عن أبي يوسف ومحمد « رح » ، وهلال هو ابن يحيى البصري تلميذ أبي يوسف وزفر « رح »
وهو يسمى بهلال الرأي لفقهه .

(وعن محمد « رح » أنه يقسم أحدهما في الأخرى) أي أحد الدارين في المصرين ،
لأنه جعلها جنساً واحداً باعتبار اتحاد الاسم كما لو كان في مصر واحد (والبيوت

(١) هكذا رسم الكلمة في الأصل ، اهـ - مصححه .

في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة ، لأن التفاوت فيما بينهما يسير ،
والمنازل المتلازمة كالبيوت ، والمتباينة كاللدور ، لأنه بين الدار
والبيت على ما مر من قبل ، فأخذ شبهاً من كل واحد . قال وإن
كانت داراً وضيفة أو داراً وحانوتاً قسم كل واحد منهما على
حدة لاختلاف الجنس . قال جعل الدار والحانوت جنسين ، وكذا

في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة ، لأن التفاوت فيما بينهما يسير) لأنها لا تتفاوت في
معنى السكنى ما ليست اسم لسقف واحد له دهليز ، فلا يتفاوت في المنفعة هادة
ألا ترى أنه يؤثر باجرة واحدة في كل محلة (والمنازل المتلازمة كالبيوت ، والمتباينة
كاللدور ، لأنه) أي لأن المنزل (بين الدار والبيت) لأن المنزل أصغر من الدار وأكبر من
البيت ، لأن المنزل اسم لدورة صغيرة فيها بيتان أو ثلاثة ، والبيت اسم لسقف واحد
له دهليز كما ذكرناه ، فالحاصل أن المنزل له منزل بين المنزلتين ، فعاله تشبه الدار
والبيت جميعاً بالطريق الذي ذكرناه (على ما مر من قبل) أي في باب الحقوق من كتاب
البيوع (فأخذ شبهاً من كل واحد) أي فأخذ المنزل شبهاً من كل واحد منها على حدة
لاختلاف الجنس .

(قال) أي القدوري (وإن كانت داراً وضيفة أو داراً وحانوتاً قسم كل واحد
منها على حدة لاختلاف الجنس) يعني لا يقسم كل قسمة واحدة ، بل يقسم كل واحدة
منها على حدة ، لأن الدار مع الضيفة جنسان ، وكذا الدار مع الحانوت ، فيكون قسمة
البعض إلى البعض معاوضة فلا يجوز ذلك إلا بالتراضي ، وكانت هاهنا قامة بمعنى
وجدت ، ولهذا لا يحتاج إلى الخبر ، وقوله دار بالرفع فاعله وما بعده عطف عليه ،
ويجوز نصب الدار على تقدير أن يكون كانت ناقصة محذوف الاسم ، تقديره فإن
كانت البيئة داراً ... الخ .

(قال جعل الدار والحانوت جنسين) أي قال المصنف جعل القدوري الدار والحانوت
جنسين (وكذا ذكر الخصاص) وهو أبو بكر أحمد بن عمرو الخصاص الشيباني صاحب

ذكر الخفاف «رح» . وقال في الإجازات الأصل أن إجارة
منافع العمار بالمخوت لا يجوز ، وهذا يدل على أنها جنى
واحد فيجعل في المسألة روايتان ، أو تبني حرمة الربا هناك على
شبهة المجاعة .

كتب أبو القاسي ، قال في أدب القاضي وإن كنت دار وأرض ، أو دار وحلقت لم
يجمع نصيب كل واحد من ذلك في حد التعفين ، وقسم كل واحد من ذلك بينهم على
حدة ، انتهى . ولما رضي الخفاف بالذكر لأن هذه المسألة لم تذكر في كتب محمد «رح»
ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي في مختصرهما .

(وقال) محمد «رح» (في الإجازات الأصل أن إجارة منافع العمار بالمخوت لا يجوز)
أي إجارة منافع العمار شهراً بكنى حلقت شهراً لا يجوز ، قال في الأصل واستجلب
الكنى بالكنى لا يجوز ، واستجلب الكنى بالكنى بالكنى يجوز ، وذلك لأن الجنى
بقرانه يحرم التمسك ، واحتاج صاحب الهداية إلى التوفيق بين ما إذا ذكره الخفاف ،
وبين ما إذا ذكره في كتب الإجازات ، فقال (وهذا يدل على أنها جنى واحد) أي
المخوت والعمار (فيجعل في المسألة روايتان) يعني إما يحل ذلك على اختلاف الرواية ،
أو يقال إنها جنان كما ذكره الخفاف .

(أو تبني حرمة الربا هناك) أي في إجازات الأصل (على شبهة المجاعة) يعني
إذا كنت منافع النور ومنافع المخوت مختلفة رواية واحدة ، وتحمل حرمة الربا على
شبهة المجاعة من منافع العمار والمخوت لاتحاد أصل الكنى للصوص منها . وفي الكافي
مكثراً ذكره في الهداية وهو مشكل ، لأنه يؤدي على اعتبار شبهة بالشبهة ، والشبهة هي
المتبرة دون التزلز منها . وقال تاج الشريعة قيل عليه ينبغي أن لا يصير شبهة المجاعة
في حق الحرمة ، لأن في حقيقة المجاعة إذا باع الشيء بخره يصير شبهة الربا تحتي شبهة
المجاعة يعني تصير شبهة الشبهة وهي لا تستبر ، انتهى . وقد قال شمس الأئمة الخوافي إما
أن يكون في المسألة روايتان ، أو يكون من مشكلات هذا الكتاب . وقيل في جوابه

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه ليتمكن حفظه ويعدله ،
يعني يسويه على سهام القسمة ، ويروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن
غيره ويذرعه ليعرف قدره ، ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة .

لا بل اعتبر الشبهة ، لأن السكنى جنس واحد فيكون كجارة السكنى بالسكنى ، وهي
شبهة لا شبهة شبهة ، وفيه ضعف كما ترى .

(فصل في كيفية القسمة)

أي هذا فصل في بيان كيفية القسمة بين الشركاء ، والكيفية صفة ، فلا جرم أن تذكر
بعد الموصوف ، وهو جواز القسمة .

(قال وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) أي قال القدوري ، والمراد من تصوير
ما يقسمه أن يكتب صورته على القرطاس ليتمكن حفظ ما يقسمه ليرفع ذلك القرطاس إلى
القاضي حتى يتولى الإقراع بينهم بنفسه إن كان لم يأمره بالإقراع (ليتمكن حفظه) أي
لتمكن القاسم حفظ ما يقسمه (ويعدله ، يعني التسوية على سهام القسمة) فيسري
التعديل بتسوية ما يقسمه على سهام الشركاء (ويروى يعزله) أشار به إلى أن في بعض
نسخ مختصر القدوري رحمه الله وقع ويعزله مكان قوله ويعدله ، ثم فسره بقوله ويعدله
(أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ، ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة)
إنما يقوم البناء ، لأن القسمة لتعديل الأنصاء ، ولا يحصل التعديل إلا بتقويم البناء
لأن قيمته أكثر من قيمة الساحة ويقوم البناء أولا ، لأنه لا يحتاج إلى ذلك حالة القسمة ،
لأنه يقسم الساحة بالذراع ، وفي البناء بالقيمة . وقوله في الآخرة بالفتحتان ، أراد به
آخر الأمر ، وإنما يحتاج إليه في آخر الأمر ، إذ البناء يقسم على حدة ، فيقوم حتى إذا
قسمت الأرض بالمساحة ووقعت إلى نصيب أحدهم يعرف قيمة الدار ، فبعض
الاجر مثل ذلك .

وفى كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه ، حتى لا يكون
لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتقطع المنازعة ويتحقق معنى
القسمه على التمام . ثم يلقب نصيباً بالاول والذي يليه بالثاني
والثالث على هذا ، ثم يخرج القرعة ، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم
الاول ، ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني . والاصل أن ينظر في
ذلك إلى أقل الانصباء ، حتى إذا كان الاقل ثلثاً جعلها أثلاثاً ،

(وفى كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه) أى تميز كل نصيب عن الباقي بطريق
كل نصيب ، وشربه بكسر الشين حتى تتقطع المنازعة على التمام ، فيقول هذا لك وهذا
له وهذا لآخر ، وطريقه أن يحمل طريق أحدهما ومسيل ما به إلى داره إن أمكن ، وإن
لم يكن بأن كان ظهره إلى دار رجل يجعل الطريق ومسيل الماء في نصيب أحدهما ، لأن
القسمه إنما شرعت لتكميل المنفعة على وجه لا يتضرر أحدهما ، وتقطع المنازعة بينها ،
وانقطاعها إنما يكون بأن لا يبقى لأحدهما حق في نصيب صاحبه إن أمكن ، وإن لم
يمكن يجعل ذلك في دار صاحبه (حق لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق .
فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمه على التمام ثم يلقب نصيباً بالاول والذي يليه بالثاني
والثالث على هذا) أى على هذا الترتيب بأن يلقب الذي يلي الثالث بالرابع والذي يلي
الرابع بالخامس وهلم جرا .

(ثم يخرج القرعة ، فمن خرج اسمه أولاً) وفى بعض النسخ فمن خرج سهمه (فله
السهم الاول ، ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني) ومن خرج ثالثاً فله السهم الثالث ، ومن
خرج رابعاً فله السهم الرابع وهلم جرا .

(والاصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الانصباء ، حتى إذا كان الاقل ثلثاً جعلها
أثلاثاً) أى جعل الدار أثلاثاً بأن كانت الورثة إناً وبنناً فكتب على القرعة اسمها ،
ويسمى الثلث المعين من الارض أولاً وما يليه ثانياً والثلث الآخر آخرأ ، ويقرعه ، فإن خرج
اسم الابن أولاً يأخذ الثلث الاول مع ما يليه ، وتعين الثلث الآخر للبنات . ولو خرج سهم

وإن كان سداً جطها أسداً يمكن القصة ،

البنت أولاً تأخذ البنت المسمى بالثالث الاول ، وتبين الثلثان الآخران لابن .

(وإن كان سداً جطها أسداً تمكن القصة) أي وإن كان الأقل سداً مثل أن يكون في المائة نصف وثلاث سدس من زوج وأم وأنح لام يخرج الارض على ستة ، فمن خرج اسمه أولاً يأخذ السهم الاول فحسب إن كان صاحب سدس ، ويأخذ ما يليه إن كان صاحب ثلث ، ويأخذ من السهمين اللذين يليه إن كان صاحب نصف ، ثم يقرع ثانياً ويصل مع الآخرين كما فعل مع الاول . وقال الشيخ حافظ اللين في الكافي وشرح ذلك لورث بين جماعة متفرقة لاحصم سدس وللآخر خمسة وللآخر سهم ، فأرادوا قسمتها على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحد .

وكيفية ذلك أن يجعل يتأق على عدة سهامهم ويقرع بينهم ، وأول بندقة تخرج موضع على طرف من أطراف السهام ، وهو أول السهام ، ثم ينظر إلى البندقة لمن هي ، فإن كانت لصاحب العشرة فأعطاه ذلك السهم وتسعة أسهم متصلة بذلك السهم الذي وضعت البندقة عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال ، ثم يقرع بين البقية كذلك ، فأول نيته قد خرج موضع على طرف من الأطراف الستة الباقية ، ثم ينظر إلى البندقة أين هي ، فإن كانت لصاحب الحصة أعطاه القاضي ذلك السهم وأربعة متصلة بذلك السهم ، ويبقى السهم الواحد لصاحبه وإن كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي وضعت عليه البندقة فتكون الحصة الباقية لصاحب الحصة ، وتفسيره أن يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقات ثم يطوي كل بطاقة بينها يحطها في قطعة طين ، ثم يدلها بين كفيه ، حتى تصير مستديرة فتكون شبة البندقة ، كذا في النخيرة البرهانية والفتاوى الظهيرية ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة .

وقال الخفاف في أدب القاضي لا يقسم شيء من النور والمقار حتى يصور ذلك ويرى ما حولها ما كان ذلك مراعاً إلى الطريق أو إلى دار أو إلى بيوت ثم يميز ذلك حتى لا يكون لأحد على أحد طريق ولا سبيل ، وليسوا على السهام التي يريدوا أن يقسموا عليها ، فإذا قطمها على ذلك على إته من أخرج أولاً كان له موضع كذا ، وكذا كل سهم

وقد شرحناه مشبعاً في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى .
وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل ،
فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله
تعالى ، والقرعة لتطيب القلوب وإزاحة تهمة الميل ،

يلي الآخر ، فإذا علم أنه ليس يدخل عليهم ضرر في ذلك ، وأنه طريقهم ومسيل مياهم
ومرافقهم مستوية إلى القاضي بالصورة فوضعها القاضي بين يديه ، وكتب رقاعاً باسم
رجل وامرأة منهم ، وجعل كل رقعة منها في طين وبندقة وقال من خرج سهمه أولاً فله
موضع كذا إلى موضع كذا ، ثم الثاني يلي كذلك إلى موضع كذا ، ثم الثالث يليه حتى
يقرع السهام وقد يطرح البنادق تحت شيء ثم يدخل يده فيخرج واحدة فينظر لمن هي فهو
السهم الأول ، وكذا الثاني حتى يقرع ثم يكتب القاضي كتاب القسمة نسختين ، نسخة
تكون معهم ، ونسخة تكون في ديوان القاضي ، ويكتب في السجل أنه قسمها بينهم إن
كانت قائمة عنده يمين أو بإقراره إن كانوا أقرؤا عنده بذلك ويقسم الأثر على وجهه ،
انتهى (وقد شرحناه مشبعاً في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى) أي قد شرحنا بالأصل
في ذلك مع كيفيته حال كونه مشبعاً ، أي مستوفى كاملاً من غير ترك شيء فيما
يتعلق بهذا الباب .

(وقوله في الكتاب) أي قول القدوري في مختصره (ويفرز كل نصيب بطريقه
وشربه بيان الأفضل ، فإن لم يفعل) أي فإن لم يفرز الطريق وبقي بينهم كما كان (أو لم
يمكن) أي إفراز الطريق (جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله) أراد عند قوله فإن
قسم بينهم ولأحدم مسيل في نصيب الآخر أو طريق إلى آخر (والقرعة لتطيب القلوب
ولإزالة ^(١) تهمة الميل) أي ولإزالة تهمة الميل إلى أحد الشركاء ، وهذا جواب استحسان ،
والقياس بأبائها ، لأنه تعليق الإستحسان بخروج القرعة وذلك قهار ، ولهذا لم يجوز
علمائنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ، ولكن تركناها هنا بالتعامل

(١) إزاحة - هامش.

حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير اقتراع جاز لأن القسمة في معنى
القضاء ، فيملك الإلزام .

الظاهر من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكبير منكرو ، وليس في معنى القمار ،
وليس في المبسوط استعمال القرعة حرام في القياس ، لأن في الإقراع تعليق الاستحقاق
بمخرج القارة ، وهو حرام ، لأنه في معنى القمار والاستقسام بالألزام التي كان يعتاده
أهل الجاهلية ، ولكننا تركناه استحساناً بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله ﷺ
ولأن هذا ليس في معنى القمار ، ونفي القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه ،
وهاهنا أصل الاستحقاق فلا يتعلق بمخرجها ، لأن القاسم لو قال أنا عدل فخذ أنت هذا
الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيماً ، إلا أنه بما يتهم في ذلك ، فيستعمل القرعة
لتطبيب قلوب الشركاء وهي في تهمة الميل من نفسه وذلك جائز كما فعل يونس عليه السلام في مثل
هذا مع أصحاب السفينة لما علم أنه هو المقصود ، ولكن أبقي نفسه في الماء بما ينسب إلى
ما لا يليق بالأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، فاستعملها لذلك .

وكذلك ذكرنا عليه السلام استعمال القرعة في ضم مريم عليها السلام ، مع أنه كان أحق بها
لمكان خالتها عنده ، وكان رسول الله ﷺ يقرع بين نسائه إذا أراد سفرأ تطيباً لقلوبهن ،
ثم لا يجوز إلا بالبعض بعد خروج بعض السهام ، كما لا يلتفت القاضي إلى آيته قبل خروج
القرعة . وإن كان القاسم قسم بالتراضي فرجع بعضهم بعد خروج القرعة كان له ذلك ،
وبه قال الشافعي «رح» في قول . وقال في قول لا يعتبر كقسمة الحاكم وبعد خروج كل
السهام لا يعتبر رجوعه بالإجماع . وإذا خرج جميع السهام إلا واحداً فقد تمت القسمة
لتعيين نصيب ذلك الواحد ، وبعد ذلك لا يعتبر الرجوع .

(حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير اقتراع جاز) أي حتى لو عين القاسم لكل
واحد من الشركاء نصيباً من غير أن يقرع بينهم لجاز ، وفي بعض النسخ من غير إقراع
(لأن القسمة في معنى القضاء فيملك الإلزام) أي لأن القسمة ، والتذكير باعتبار القسم
في معنى قضاء القاضي ، فيملك الإلزام ، أي إلزام الشركاء بما فعل من القسمة ، ولأن
القرعة لتطبيب القلوب كما ذكرنا .

قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضيهم
لأنه لا شركة في الدراهم ، والقسمة من حقوق الاشتراك ،
ولأنه يفوت به التعديل في القسمة ، لأن أحدهما يصل إلى عين
العقار ودراهم الآخر في ذمته ، ولعلها لا تسلم له . وإذا كان
أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة ،

(قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضيهم) أي الدراهم التي يحوز بها
التفاوت فيعطي رب الزيادة دراهم لصاحبه لا يجوز إلا بالتراضي . صورته دار بين جماعة ،
فأرادوا قسمتها وفي أحد الجانبين فضل بناء فأراد أحد الشركاء أن يكون عوض البناء
دراهم وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض فانه يجعل عوض البناء من الأرض لا من
الدراهم إلا إذا تعذر ، فحينئذ للقاضي ذلك . وإذا كان ذلك بالقاضي جاز ذلك ، وبه
قال الشافعي وأحمد «رح» وقال مالك «رح» إذا كان الرد فيها قليلا ، لأن جاز وإن كان
كثيرا بطلت القسمة (لأنه لا شركة في الدراهم) أي لأن الشأن لا شركة في الدراهم ،
أراد أن الشركة لم يكن فيها دراهم (والقسمة من حقوق الاشتراك) يعني القسمة لا تكون
إلا فيما فيه اشتراك .

(ولأنه يفوت به التعديل) أي ولأن الشأن يفوت بإدخال الدراهم (في القسمة)
التعديل أراد به في صورة يمكن التعديل بدون إدخال الدراهم ، والتعديل هو المراد
بالقسمة يفوت بإدخال الدراهم ، وذلك (لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في
ذمته) أي لأن أحد المتقاسمين يصل إلى عين العقار والحال أن دراهم المتقاسم الآخر في
ذمته وقت القسمة (ولعلها لا تسلم له) أي ولعل الدراهم لا تسلم للآخر ، لأنه من العلل
وليس ما يصل الرجل إليه في الحال وما لا يصل معادلة ، فلا يصار إليه
إلا عند الضرورة .

(وإذا كان أرض وبناء) ألفين مثلا فأرادا القسمة فروى (عن أبي يوسف أنه يقسم كل
ذلك) أي الأرض والبناء (على اعتبار القيمة ، لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم)

لانه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقوم . وعن أبي حنيفة
«رح» أنه يقسم الارض بالمساحة ، لانه هو الاصل في المسوحات ،
ثم يرد من وقع البناء في نصيبه ، أو من كان نصيبه أجود دراهم
على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة كالاخ لا
ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة للتزويج . وعن
محمد «رح» أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة
وإذا بقي فضل ، ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة

ذكر هذا تقريباً على مسألة اللحدوري «رح» ، لان القسمة لتعديل الانصباء ولا يمكن
التعديل بين الارض والبناء إلا بالتقويم ، فيصار إليه .

(وعن أبي حنيفة «رح» أنه يقسم الارض بالمساحة) أي روي عن أبي حنيفة «رح»
أن القاضي يقسم الارض بالذراع (لانه هو الاصل في المسوحات) هي الاصل ، وذكر
الضمير باعتبار تأويل الذرع ، وذلك لان قدرها لا يعلم إلا بالذرع (ثم يرد من وقع البناء
في نصيبه) دراهم من الآخر بقدر فضل البناء ، لانه أكثر قيمته من العرصة غالباً ، قوله
(أو من كان نصيبه أجود) أي أويرد من كان نصيبه أجود ، سواء كان الذي هو أصابه
البناء لو أصاب العرصة (دراهم على الآخر حتى تحصل المعادلة ، فتدخل الدراهم في
القسمة ، لاجل ضرورة المعادلة كالاخ لا ولاية له في المال) أي كما قلنا في الاخ إنه لا
ولاية له في مال أخته الصغيرة (ثم يملك تسمية الصداق ضرورة للتزويج) أي لاجل
ضرورة صحة النكاح ، لان النكاح ليس بمشروع بلا مهر .

(وعن محمد «رح» أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة) أي
وروي عن محمد «رح» أنه يعطي الشريك الآخر من العرصة بمقابلة فضل البناء حتى
يستوي كل واحد من الشريكين في القسمة (وإذا بقي فضل) من قيمة البناء (ولا يمكن
تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد للفضل دراهم) أي وإذا بقي

قيمة البناء حيث يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل إلاها ، وهذا يوافق رواية الاصل . قال فإن قسم بينهم ولا حطهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة ، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يتطرق ، ومسيل في نصيب الآخر ، لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر . وإن لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة محتلة لبقاء الاختلاط فتساقف .

فضل من قيمة البناء ، والحال أنه لم يمكن تحقيق التسوية بين البناء والعمرة بالزراعة من العمرة لكثرة فضل البناء ، فيستدبرد من وقع في حصة البناء دراهم على صاحبه بمقابلة ما بقي من الفضل . وقوله دراهم بالنصب حال من الفضل ، فانهم .

(لان الضرورة في هذا القدر) يعني لان الضرورة دعت إلى إعطاء الدرهم في هذا القدر (فلا يترك الاصل) الذي هو القرع في المساحات (إلاها) أي لاجل الضرورة (وهذا يوافق رواية الاصل) أي الذي روي عن محمد يوافق رواية المبسوط ، لانه قال فيه يقسم البناء مزروعة ولا يبجل لاحدهما على الآخر فضل من الدرهم وغيره .

(قال فان قسم بينهم ولا حطهم مسيل في نصيب الآخر) أي قال القنوري يعني فان قسم القسام البناء المشتركة بين الشركاء والحال أن لا حطهم للمسيل . والمسيل بفتح الميم وكسر السين موضع سيل الماء (أو طريق لم يشترط في القسمة ، فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه) أي عن الآخر (ليس له) أي الذي مسيله في نصيب الآخر (أن يتطرق) أي يتخذ طريقاً في نصيب الآخر (ومسيل) من السيل ، أي يجري ماء (في نصيب الآخر لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الإقراز والتمييز (من غير ضرر وإن لم يمكن) صرف الطريق والمسيل عنه (فسخت القسمة ، لان القسمة محتلة لبقاء الاختلاط) وعدم الإقراز والتمييز (فتساقف) أي إذا كان كذلك فيساقف القسمة . وقال الإمام

بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة ، لان المقصود منه
تملك العين وانه يجامع بعذر الانتفاع في الحال أما القسمة لتكميل
المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق ، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول
كذلك الجواب ،

الاسبجاي « رح » في شرح الطعاري فهذا لا يخلو إما أن يذكر في القسمة الطريق أو لا
يذكر ، فان ذكروا فالقسمة جائزة ويعر في الطريق ، وإن لم يذكروا فانه ينظر إن
كان له مفتاح فيما أصابه فانه يفتح الطريق فيها سواء ذكروا بكل حق هو له أو لم يذكروا
وإن لم يكن له مفتاح فيما أصابه إن ذكروا بكل حق هو له فانه يمر في نصيب صاحبه ،
وإن لم يذكروا بكل حق هو له فالقسمة باطلة وكذلك في حق مسيل الماء .

(بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة) يعني فيما إذا باع داراً أو أرضاً فانه
لا يبطل لعدم دخول الطريق والشرب في البيع لانهما لا يدخلان في البيع من غير ذكرهما ،
والمراد من الطريق الخاص في ملك إنسان (لان المقصود منه) أي من البيع (تملك العين)
أي اثبات الملك في العين فحسب ، والدار بدون الطريق والارض بدون الشرب يقبل ،
والملك لا يستحق ذلك إلا بالتخصيص (وأنه يجامع بعذر الانتفاع في الحال) أي وإن
البيع يجامع تعذر الانتفاع بالمبيع في الحال ، أراد أن الانتفاع به في الحال ليس بشرط في
صحة البيع ، كما إذا اشترى جعشاً صغيراً بأن المبيع صحيح ، مع أنه لا ينتفع به في
الحال (أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك) أي تكميل المنفعة (إلا بالطريق) لأن
أحداً منهم لا ينتفع بنصيبه إلا بالطريق والشرب .

(ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول) وهو إذا أمكن ضرب الميل والطريق (كذلك
الجواب) يعني ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر إذا أمكن صرف الطريق
والمسيل إن ذكر الحقوق في القسمة بأن قال للقسم بذلك بحقوقك ، فإن لم يمكن صرفها
يستحقها بذكر الحقوق ، وحاصله أنه إن أمكن صرف الطريق والمسيل فلا يخلو إما ذكر
الحقوق أو لا ، فإن لم يذكر لا يدخل الحقوق فتدخل الحقوق ولا تفسخ القسمة وإن لم يذكر

لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز ، وتماثل ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر ، وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصار إليه ، بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل ، لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعليق بملك غيره ،

الحقوق لا يدخل الحقوق ويفسخ القسمة . صورته دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة مسيل ماء البيت على سطح الصفة فاقسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقاً ولا مسيل ماء . وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيها أصابه من الساحة ويسيل ماءه في ذلك ، وإذا أراد أن يمر في الصفة على حاله فيسيل الماء على ما كان فليس له ذلك سواء شرط كل واحد أن له ما أصابه بكل حق له أولاً ، بخلاف البيع ، فإنه لو باع البيت وذكر في البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق لم يدخل ، والفرق ما ذكرناه ولو لم يكن له مفتاح للطريق ولا مسيل ماء ، فإن كان ما ذكرنا في القسمة أن لكل واحد منها ما أصابه بكل حق هو له جازت القسمة ، وكان طريقة في الصفة ومسيل ماء على سطحه كما كان قبل القسمة وإن لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة ، بخلاف البيع ، فإنه يكون صحيحاً وإن لم يذكر الحقوق والمرافق .

(لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز ، وتماثل ذلك) أي تمام الإفراز والتمييز (بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه) أي تحقيق معنى القسمة (بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر ، فيصار إليه) أي من غير ضرر إلى الغير ، فيصار إلى صرفها إلى غيرهما من غير ضرر له .

(بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل ، لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك) أي اثبات الملك في العين (مع بقاء هذا التعلق) وهو تعلق حق الطريق والمسيل (بملك غيره) أي غير المشتري (وفي الوجه

وفي الوجه الثاني يدخل فيها ، لأن القصة لتملك النفقة وذلك بالطريق والسيل ، فيدخل عند التخصيص باعتباره ، وفيها معنى الإقرار ، وذلك باقتطاع التعلق على ما ذكرنا ، فباعتباره لا يدخل من غير تخصيص ، بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التخصيص ، لأن كل المقصود الانتفاع ، وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق ، فيدخل من غير ذكر . ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القصة

الثاني (وهو ما إذا لم يمكن صرف الطريق والسيل (يدخل فيها) أي يدخل كل واحد من الطريق والسيل في القصة (لأن القصة لتملك النفقة وذلك) أي تملك النفقة بالطريق والسيل ، فيدخل عند التخصيص) بذكر الحقوق (باعتباره) أي باعتبار تملك النفقة (وفيها) أي في القصة (معنى الإقرار وذلك) أي معنى الإقرار (باقتطاع التعلق من الغير على ما ذكرنا) في أول الكتاب (فباعتباره) أي فباعتباره معنى الإقرار (لا يدخل) أي كل واحد من الطريق والسيل (من غير تخصيص) بذكر الحقوق . والحاصل أنه باعتبار معنى تكميل الانتفاع ينبغي أن يدخل في القصة وإن لم يذكر الحقوق ، باعتبار معنى الإقرار ينبغي أن لا يدخل ، أو إن ذكرت الحقوق في اعتبار المسنين جميعاً . فقلنا إذا ذكرت الحقوق دخلاً في القصة والإقرار .

(بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التخصيص) هذا يتعلق بقوله بخلاف البيع ، أي حيث يدخل كل واحد من الطريق والسيل في الإجارة بدون التخصيص بذكر الحقوق وبدون التخصيص عليها أيضاً (لأن كل المقصود الانتفاع) أي ولأن المقصود كله من باب الإجارة الانتفاع بالحل (وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق ، فيدخل من غير ذكر) ألا ترى لو استأجر جثاً أو أرضاً مسخرة للزراعة لا يجوز لقول ما هو المقصود وهو الانتفاع . بخلاف البيع ، فإن المقصود منه تملك العين كما مر تقريره . (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القصة) ذكره قسماً على مسألة القسري ،

إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم
من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقيق الإفراز بالكلية دونه ، وإن
كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم ليتحقق تكميل
المنفعة فيما وراء الطريق ، ولو اختلفوا في مقداره جعل على
عرض باب الدار وطوله

أي ولو اختلف الشركاء أو الورثة ، والمراد من رفع الطريق أن يترك الطريق بين جماعتهم
مشاركاً بينهم كما كان ، ويرفع من القسمة ولا يدخل فيها . قال تاج الشريعة يعني كان
يقول بعض الشركاء كالإيداع طريقاً يقسم الكل ، وكان يقول بعضهم بل يدعي . قال
بعضهم يرفع ، وقال بعضهم لا يرفع فالحكم في ذلك أن ينظره القاضي (إن كان يستقيم لكل
واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) أي من غير طريق
يترك للجماعة ، وقوله يرفع صفة الطريق (لتحقيق الإفراز بالكلية دونه) أي
دون رفع الطريق .

(وإن كان لا يستقيم ذلك) أي صح طريق في نصيبه (رفع طريقاً بين جماعتهم) يعني
يتركه مشتركاً فيما بينهم ولا يقسم قدر الطريق (لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق)
وهذا ظاهر ، ولو لم يرفع الطريق هنا يتعطل على البعض منافعهم إلا إذا تراضوا على ذلك
لأنهم عطلوا منافع إهلاكهم باختيارهم ، ومن ترك النظر لنفسه لا ينظر له ، كذا
في شرح الكافي .

(ولو اختلفوا في مقداره) ذكر هذا تقريراً على مسألة القدوري ، أي ولو كان
اختلف الشركاء في مقدار الطريق ، يعني في سعة وضيقه (جعل على عرض باب الدار
وطوله) على باب الدار الأعظم وطوله ، والمراد بالطول هو الطول من حيث الأعلى ، لا
الطول من حيث المشي وهو ضد عرضه ، لأن ذلك الطول إنما يكون إلى حيث ينتهي بها
إلى الطريق الأعظم ، وفائدته قسمة ما وراء الطول من الأعلى ، حتى لو أراد بعضها أن
يشرح جناحاً في نصيبه إن كان فوق طول الباب له ذلك ، لأن الهواء فيما يراد على طول

لأن الحاجة تندفع به ، والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة ،
لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه . ولو شرطوا أن يكون الطريق
بينهما أثلاثاً جاز ، وإن كان أصل الدار نصفين ،

الباب مقسوم بينهم ، فصار ما ينافي خالص حقه ، وإن كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك ، لأن قدر الطول من الهواء مشترك ، والبناء على قدر الهواء المشترك لا يجوز من غير رضا الشركاء ، وإن كان أرضاً يرفع مقداراً يمر فيه ثور ، لأنه لا بد له من الزراعة فلا يجعل الطريق مقدار ما يمر ثوران معاً ، وإن كان يحتاج إلى ذلك لأنه لا يحتاج إلى هذا يحتاج إلى المجلة فيؤدي إلى ما يتناهى ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام «رح» والذخيرة والمحيط .
وقالت الثلاثة يعتبر في قدر الطريق ما تدعو الحاجة إليه في الدخول والخروج بحسب العادة وبما ذكرنا اندفع ما قاله الأتزازي في هذا اللفظ إيهام ، لأنه يسبق الوهم إلى أن طول الطريق مقدار طول باب الدار وليس كذلك ، بل طول الطريق من أعلاه على أقل ما يكفيهم .

(لأن الحاجة تندفع به) أي يجعل الطريق على عرض باب الدار وطوله (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة ، لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه) أي الطريق على سهام الشركاء كما كان قبل الانقسام ، قوله لا فيه ، أي لا في الطريق .

(ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثاً جاز وإن كان أصل الدار نصفين) هذا أيضاً ذكره تفرعاً على مسألة القدوري . قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجاني في شرح الكافي وإن اشترطوا أن يكون الطريق بينهما لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه فهو جائز لما ذكر أنه مبادلة بتراضيهما ، فيعتبر اصطلاحها في ذلك . وإن اشترطوا أن يكون الطريق على قدر ساحة ما في أيديهما فهو جائز ، وهذا نص على أن يبيع الممر جائز ، لأن القسمة يبيع من حيث المعنى . وقد ذكر في كتاب الصلح أنه إذا كان الطريق لأحدهما والممر للآخر فباعا الطريق فإنه يكون الثمن بينهما نصفين ، فدل على أنه دخل في العقد أصلاً ، فعلى هذه الرواية يجوز بيع الشرب ، لأنه من جملة الحقوق كالطريق .

لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي . قال وإذا كان سفلا
لا علو عليه ، وعلو لا سفلا له ، وسفلا له علو ، قوم كل واحد
على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك . قال رضي الله عنه
هذا عند محمد «رح» .

وقال في الزيادات بيع الحقوق لا يحوز ، والمر من جملة الحقوق . فعلى رواية الزيادات
لا فرق بين الشرب والمر في عدم جواز البيع ، وكذا حق التعلي . ثم قال في شرح الكافي
وإن اشترطا أن يكون الطريق لصاحب الأقل والآخر يمر فيه فهو جائز . وإن لم يشترطا
شيئا من ذلك فهو بينهما على قدر ما ورثا ، لأن القسمة لم تتناول الطريق ، فبقي بينهما على
ما كان في الأصل . (لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي) لأن من رضي أن يترك
حقه لا يعترض عليه .

(قال وإن كان سفلا لا علو عليه) أي قال القدوري «رح» في مختصره . وكان هذه
ثاماً فلا تحتاج إلى الخبر ، أي وإن وجد سفلا بكسر السين . وقوله لا علو عليه صفة ،
وهو بكسر العين وسكون اللام . قال الجوهري وعلو الدار وعلوها نقيض سفلها ، والعلو
بضم العين واللام وتشديد الواو (وعلو لا سفلا له ، وسفلا له علو ، قوم كل واحد على
حدته ، وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك) أي بغير التقويم والقسمة بالقيمة ، ولم يذكر
القدوري فيه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، لأنه اختار قول محمد وأصحابنا «رح»
كلهم مثل قول الطحاوي ، وغيره اختاروا قول محمد «رح» في هذه المسألة .

(قال رضي الله عنه هذا عند محمد «رح») أي قال المصنف «رح» هذا المذكور في
القدوري عند محمد . في الذخيرة صورته علو مشترك بينهما بدون سفلا ، وسفلا مشترك
بينهما بدون علو ، وسفلا وعلو مشترك بينهما وطلب القسمة من القاضي ، فعند محمد «رح»
يقسم على قيمة السفلا والعلو ، فإن كانت قيمتهما على السواء يجب ذراع بذراع ، وإن
كانت قيمة أحدهما ضعف قيمة الآخر يحسب من الذي قيمته على النصف ذراع بذراعين من
الآخر حتى استويا في القيمة . وعند الثلاثة لا يحبر الآتي من القسمة ، وعندنا يقسم كما
ذكرنا في الكتاب .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله أنه يقسم بالذرع .
لمحمد « رح » أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بشر
ماء أو سرداباً أو اصطبلًا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا
بالقيمة . وهما يقولان إن الإقسمة بالذرع هي الأصل ، لأن الشركة
في المذروع لا في القيمة ، فيصار إليه ما أمكن ، والمراعى التسوية
في السكنى لا في المرافق . ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية الإقسمة

(وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله إنه يقسم بالذرع) قال الطحاوي في مختصره
وكان أبو حنيفة « رح » يقول في العلو الذي لا سفلى له وفي السفلى الذي لا علو له يجب من
القيمة ذراع من السفلى بذراعين من العلو . وكان أبو يوسف « رح » يقول يحسب كل ذراع
من العلو بذراع من السفلى . وقال محمد « رح » يقوم كل ذراع من العلو على أن لا سفلى له ،
وكل ذراع من السفلى على أن لا علو له ، وهذا أجود انتهى .

(لمحمد « رح » أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو لاتخاذه بشر ماء أو سرداباً) قال
الصنعاني في العتاپ ، السرداب بكسر السين ، والعامية بفتحها ، وهو معرب سرداب
بفتح السين وبالماء وهو الجب الكبير ، وكذلك سرداب السرداب الذي يبنى تحت الأرض
(أو اصطبلًا أو غير ذلك) نحو الطبخ وبيت الحطب والتبن والطاحونة ونحوها ، والعلو
لا يصلح لهذه الأشياء ولا يصلح إلا للمفرقة (فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة) أي
التعديل في الإقسمة .

(وهما يقولان) أي أبو حنيفة وأبو يوسف (أن الإقسمة بالذرع هي الأصل ، لأن
الشركة في المذروع لا في القيمة ، فيصار إليه ما أمكن) أي فصار إلى ما ذكر من القيمة
بالذرع مهما أمكن (والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق) أي المنافع لا تختلف
باختلاف الأزمنة والأمكنة ، وأراد بالمراعى الاعتبار وهو بفتح العين (ثم اختلفا فيما بينهما)
أي أبو حنيفة وأبو يوسف (في كيفية الإقسمة بالذرع ، فقال أبو حنيفة « رح » ذراع من

بالترع ، قال أبو خيفة « رح ، ذراع من سفل بذراعين من علو .
وقال أبو يوسف « رح ، ذراع بذراع . قيل أجلب كل منهم

سفل بذراعين من علو . وقال أبو يوسف « رح ، ذراع بذراع) أي يجعل ذراع بهابة
ذراع منها جيباً .

وقال شيخ الإسلام أبو الفضل محمد بن أحمد الأسبغلي في شرح الطحاوي إذا كان
سفل بين رجلين وعلو من بيت آخر بينها وأراد أن يقسم القناني فله يقسم السفل على
سبل القنينة بالإتفاق . فلما الساحة فيقسم كل ذراع من السفل بذراعين من السلو ، فيذرع
ساحة السلو طولاً وعرضاً فيضرب الطول في العرض فيعلم ميلته ، وكذلك مساحة السفل
يذرع طولاً وعرضاً فيضرب طوله في عرضه فيعلم ميلته فيدفع كل ذراع من السفل بذراع
من السلو . قال وهذا ذرع لمساحة أخرى وهو أن لصاحب السفل إن سفل بالإجماع إذا كان
لا يضرب بالسلو وليس لصاحب السلو أن يتعلق قوته وإن لم يضرب بصاحب السلو عند
أبي خيفة « رح » .

وعند المالكيين قال ذلك قد استوت متعة السلو والسفل عندما فكذلك قال أبو
يوسف « رح ، كل ذراع من السفل بذراع من السلو . وعند أبي خيفة « رح ، متعة السلو
تقس من متعة السفل فكذلك كان كل ذراع من السفل بذراعين من السلو . وإذا كان
بيت كامل وعلو وسفل بين رجلين في بيت آخر بينها فأراد قسمتها بالتفصيل فكل ذراع
من بيت كامل بثلاثة أذرع من السلو ، لأن ذراعاً من السلو هنا بذراع من السلو ذلك ،
وذراع من سفل هنا بذراعين من علو فلك عند أبي خيفة وأبي يوسف كل ذراع من
البيت الكامل بذراعين من السلو . وإذا كان بيت كامل فكل ذراع من البيت الكامل
بذراع ونصف من السفل عنه . وعند أبي يوسف « رح ، كل ذراع من البيت الكامل
بذراعين من السفل . ولما عند محمد « رح ، بقي القبول ما يقسم على سبل القنينة ، وبه
أخذ الطحاوي ، انتهى .

(قيل أجلب كل منهم) أي كل واحد من أبي خيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله

على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى . ووجه قول أبي حنيفة «رح» أن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضعفه ، لأنها تبقى بعد فوات العلو . ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى . وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى ، وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضاء صاحب السفلى ، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى .

(على عادة أهل عصره ، أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو) أشار به إلى قول أبي حنيفة فإنه أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في تفضيل السفلى على العلو (واستوائهما) أى استواء العلو والسفلى ، وأشار به إلى قول أبي يوسف فإنه أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد والتسوية بين العلو والسفلى (وتفضيل السفلى مرة) أى تفضيل السفلى على العلو مرة كما مر في الكوفة (والعلو أخرى) أى وتفضيل العلو على السفلى مرة أخرى كما في مكة والبصرة ، وأشار بهذا إلى جواب محمد «رح» (وقيل هو اختلاف معنى) أى حجة وبرهان ، قيل ان الاختلاف يعني الفقهاء .

ثم شرع يبين ذلك بقوله (ووجه قول أبي حنيفة «رح» أن منفعة السفلى تربو) أى تزيد (على منفعة العلو بضعفه) قال أبو عبيدة ضعف الشيء مثله . وقال الأزهري الضعف المسيل إلى ما زاد ، وهو في الأصل زيادة غير محصورة (لأنها تبقى بعد فوات العلو) أى ولأن منفعة السفلى يبقى بعد فوات العلو (ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى) لأن بقاء منفعته ببقاء السفلى ، فإذا ذهب ذهبت (وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى) فلو أراد أن يحفر في سفله سرداباً لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك (وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضاء صاحب السفلى فيعتبر) أى إذا كان كذلك فيعتبر (ذراعان منه) أى من العلو (بذراع من السفلى) .

ولأبي يوسف «رح» أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه ، والمنفعتان متماثلتان ، لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله . ولمحمد «رح» أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد ، وبالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة ، والفتوى اليوم على قول محمد «رح» وقوله لا يفترق إلى التفسير . وتفسير قول أبي حنيفة «رح» في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل ، لأن العلو مثل نصف السفلى

(ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى ، وهما يتساويان فيه) أي صاحب العلو وصاحب السفلى يتساويان في أصل السكنى (والمنفعتان متماثلتان ، لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله) أي على أصل أبي يوسف «رح» .
(ولمحمد أن المنفعة) أي منفعة العلو والسفلى (تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما) أي إلى العلو والسفلى ، يعني في كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفلى على العلو . وفي موضع تكثر المذرة في الأرض يختار العلو ، وربما يختلف ذلك أيضاً باختلاف الأوقات (فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة) لأن المراد من القسمة التعديل فيصار إلى القيمة (والفتوى اليوم على قول محمد «رح») كذا في المبسوط والذخيرة والمقني والمحيط ، وبه قالت الثلاثة (وقوله لا يفترق إلى التفسير) أي قول محمد «رح» لا يحتاج إلى التفسير ، لأنه قال بالقيمة وهو ظاهر .

(وتفسير قول أبي حنيفة في مسألة الكتاب) أي القدوري (أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد) الذي لا سفلى له (ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل) وهو يشتمل على العلو والسفلى (لأن العلو مثل نصف السفلى) فكان العلو والسفلى مثل مائة ذراع من السفلى ، وموضع هذه المسألة أنها في دار واحدة ، وعنده يقسم إذا كانت

**ثلاثة وثلاثون وثلاث من الفل ستة وستون وثلاثون من الطو :
ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من الطو فبلغت مائة ذراع
تسوي مائة من الطو المجرد ، ويحبل بخلية مائة ذراع**

ملر واحدة ، وإن كنت في ملرين محوة على رخام بذلك (ثلاثة وثلاثون وثلاث من
الفل ستة وستون وثلاثون من الطو) وأشر بالقاء التصيرية إلى تغيير قوله لأن الطو
مثل نصف الفل ، وقريره أي ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من الفل الكامل مائة
وستون وثلاث ذراع من الطو الكامل ، بمعنى يحبل ثلاثة وثلاثون وثلاث وستة
وستين وثلاثين .

قوله ستة وستين خير لقوله ثلاثة وثلاثون ، فاقهم . أن يحبل بخلية مائة ذراع من
الطو المجرد ، وثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل ، لأن الذراع الواحدة من
البيت الكامل بخلية ثلاثة أذرع من الطو المجرد ، فلذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلاثين
وثلاث ذراع يكون مائة فيستوي الثلاثة والثلاثين وثلاث ذراع من البيت الكامل مع مائة
ذراع من الطو المجرد ، ويحبل بخلية مائة ذراع من الفل المجرد من البيت الكامل ستة
وستين وثلاث ذراع ، لأن كل ذراع من البيت الكامل بخلية ذراع ونصف من الفل
المجرد ، فلذا ضربت الواحد والنصف في ستة وستين وثلاث ذراع يكون مائة لا محالة
فيشتري الستة والستون والثلاثون من البيت الكامل مع مائة ذراع من الفل المجرد فاقهم .

(ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من الطو) أي مع الستة والستين والثلاثين ثلاثة
وثلاثون ذراعاً وثلاث ذراع من الطو المجرد ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور أو العدد
للمذكور (فبلغت مائة ذراع ، تسوي مائة من الطو المجرد) أي فبلغت الستة والستون
والثلاثون مع الثلاثة والثلاثين وثلاث مائة ذراع ، فصح ما قاله إن مائة ذراع من الطو
المجرد بخلية ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل ، فكان هذا التعديل بين البيت
الكامل والطو المجرد .

ثم شرع يذكر ما يقابل البيت الكامل والفل المجرد ، فيقال (ويحبل بخلية مائة

من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع ، لأن
 علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا . وتفسير قول
 أبي يوسف « رح » أن يجعل يازاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل
 مائة ذراع من السفلى المجرد ، أو مائة ذراع من العلو المجرد ، لأن
 السفلى والعلو عنده سواء ، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة
 مائة ذراع خمسون منها سفلى ، وخمسون منها علو . قال وإذا اختلف
 المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما .

ذراع من السفلى المجرد (الذي لا علو له (من البيت الكامل (فكان هذا التقابل (ستة
 وستون وثلاث ذراع ، لان علوه) أي علو البيت الكامل (مثل نصف سفله ، فبلغت مائة
 ذراع كما ذكرنا) أي الأذرع التي تقدر من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من السفلى
 المجرد يبلغ المائة ، لانه لما أخذ من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع بمقابلة مثلها
 من السفلى المجرد ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع ، لان بهذا
 التعداد من البيت الكامل أعني ستة وستين وثلاثي ذراع علو إذ هو مقدر بنصف هذا ،
 وهو ثلاثة وثلاثون وثلاث ، فكان المجموع مائة ، فكانت هذه المائة من الثلث الكامل
 بمقابلة مائة من السفلى المجرد كما ذكرنا ، والسفلى المجرد ستة وستون وثلاث ، أي لانه
 ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله ، أي السفلى الذي لا علو له ستة وستون ذراعاً ، لانه
 ضعف العلو المجرد .

(وتفسير قول أبي يوسف « رح » أن يجعل يازاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل
 مائة ذراع من السفلى المجرد أو مائة ذراع من العلو المجرد) أي أو يجعل مائة ذراع من
 العلو المجرد الذي لا سفلى له يازاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل (لان السفلى والعلو
 عنده سواء) أي عند أبي يوسف « رح » (فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة
 مائة ذراع خمسون منها سفلى ، وخمسون منها علو) وهذا ظاهر .

(قال وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) أي قال القُدوري

قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف ،
وقال محمد لا يقبل وهو قول أبي يوسف أولاً وبه قال الشافعي
وذكر الخصاص قول محمد مع قولهما ، وقاسما القاضي وغيرهما
سواء . لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق
عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله . ولهما أنهما شهدا على
فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما ، لأن فعلهما

صورته دار قسمت بين ورثة أو مشتري وأنكر بعضهم أنه استوفى نصيبه يشهد عليه
القاسمان بذلك تقبل شهادتهما ، ولم يذكر القدوري فيه الخلاف (قال رحمه الله هذا الذي
ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) أى قال المصنف الذي ذكره القدوري هو
قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

(وقال محمد لا تقبل ، وهو قول أبي يوسف أولاً ، وبه قال الشافعي) ومالك وأحمد
« رح » (وذكر الخصاص قول محمد مع قولهما) أى ذكر الخصاص في أدب القاضي قول
محمد كقولهما ، فقال وإذا قسمت الدار والأرض بين الورثة وأنكر بعضهم أن يكون
استوفى نصيبه وشهد عليه قاسما القاضي اللذان توليا القسمة بينهم أنهما تقاصرا في نصيبه
فإن شهادتهما جائزة عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله ،
انتهى . وكان القدوري ذهب إلى ما ذكره الخصاص (وقاسما القاضي وغيرهما سواء) أى
سواء كان الشاهدان اللذان شهدا في المسألة المذكورة المتقاسمين اللذين يقسمهما القاضي أو
غيرهما ممن اختارهما المتقاسمون .

(لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل) لأنها متبهران في هذه الشهادة (كمن
علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله) بأن علق عتقه بكلام رجلين
فشهدا أنه كلامهما .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو
الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما ، لأن فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه ،

التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه ، أو لأنه لا يصلح مشهوداً به لما أنه غير لازم ، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه . وقال الطحاوي إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع ، وإليه مال بعض المشايخ ، لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه ، فكانت شهادة صورة ودعوى معنى ، فلا تقبل ، إلا أنا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنماً لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه ، وهو التمييز وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة .

أو لأنه) أي لان فعل أنفسهما الذي هو التمييز (لا يصلح مشهوداً به لما أنه غير لازم) أي لا يلزم حكماً فلا يكون مقصوداً ، فلا تكون الشهادة عليه من حيث المعنى (وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء) لان القبض هو المألوم (وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه) لعدم التهمة .

(وقال الطحاوي إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع) لأنهما جرا لأنفسهما شيئاً (وإليه مال بعض المشايخ) أي إلى قول الطحاوي ، وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي رحمهم الله (لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل) لان المدعي لا تقبل شهادته (إلا أنا نقول) استيفاء من قوله وإليه مال بعض المشايخ ، وإشاراته اختار قول صاحب القدوري والمعنى لكن نحن نقول (هما) أي القاسمان اللذان شهدا (لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنماً) أي غنية ، يعني منفعة (لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه) على أنهما قد أوفيا العمل الذي قد استأجروهما لأجله (وهو التمييز) أي العمل المستأجر عليه هو تمييز الحقوق بينهم (وإنما الاختلاف في الاستيفاء) أي وإنما وقع اختلاف المتقاسمين في استيفاء بعض الحقوق ، وهو غير فعل التمييز فوقعت شهادتهما على فعل الغير (فانتفت التهمة) فتقبل الشهادة .

ولو شهد قاسم واحد لا تقبل ، لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير . ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ، ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكراً ، والله أعلم .

(ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ، أي ولو شهد قاسم واحد على القسمة لا تقبل (لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير) لأن قول الواحد ليس بحجة في الشرع (ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر) بأن قال له القاضي ادفع هذا المال إلى فلان فقال قد دفعته (يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه) يعني إذا أنكر المدفوع إليه فالأمين يصدق في البراءة لنفسه (ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكراً) لأن قول الأمين حجة واقعة غير ملزمة ، والله أعلم .

* * *

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا بيئته، لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة، فإن لم يقم له بيئته استخلف الشركاء، فمن نكل منهم

(بلب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

أي هذا باب في بيان دعوى للتقاسيم الغلط في القسمة وظهور الاستحقاق فيها، وإنما أخره لكونه من العلل الرض، والوجه تأخير.

(قال وإذا ادعى أحدهما الغلط) أي قال القهوري في مختصره ، أي إذا ادعى أحد للتقاسيم الغلط في القسمة (وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه) أي من التي أصابه من الحغار مثلاً شيء وقع في يد صاحبه . وفي بعض النسخ شيئاً بالنصب وهو الوجه ، لأنه اسم أن ، وجه الرقع على لفظة البعض كما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ إن هذان السحران ﴾ ٦٣ طه (وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء) أي والحال أنه قد أشهد على نفسه ، وقصره في البسوط أي أقر بالاستيفاء . وكذا قال طاج للشرعة ، أي أقر أنه استوفى نصيبه (لم يصدق على ذلك إلا بيئته) أي لم يصدق على ما ادعاه من الغلط إلا بحجة (لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة) كلشكري إذا ادعى خيار الشرط ، فإن أقامها فقد نوى دعوى ، وإن عجز عنها وهو معنى .

(فإن لم يقم له بيئته استخلف الشركاء) قيد بقوله استخلف الشركاء لأنهم لو أقرروا بذلك لزمهم ، فإذا أنكروا واستخفوا عليه لرجاء النكول ، وكان حق التركيب أن يقول استخلف شركه، لأنه ظاهراً . وإذا ادعى أحدهما الغلط (فمن نكل منهم) أي

جمع بين نصيب الناكل والمدعي ، فيقسم بينهما على قدر أنصباثهما ،
لأن النكول حجة في حقه خاصة ، فيعاملان على زعمهما .
قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه
وإليه أشار من بعد .

من الشركاء (جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصباثهما ، لأن
النكول حجة في حقه خاصة) لأن الناكل كالمقر ، وإقراره حجة عليه دون غيره ، ولو
فسر هذا التركيب من وجبين ، الأول : أن الجملة وقعت خبراً وهي عارية عن الضمير
فلا يحوز ، والثاني : في قوله أنصباثهما . قلت أما الأول فلأن اللام في قوله الناكل ، أعني
عن الضمير ، وأما الثاني فهو من قبيل قوله تعالى ﴿ فقد صفت قلوبكما ﴾ ؛ التحريم
(فيعاملان على زعمهما) أي فيعامل الناكل والمدعي على حسب زعمهما بفتح الزاي
وسكون العين من زعم يزعم ، من باب نصر ينصر ، وهو يستعمل في الأمر الذي لا يوثق
به ، ويحوز ضم الزاي أيضاً ، وأما زعم مثل علم يعلم فمعناه طمع ، ومصدره
زعم بفتحتين .

(قال رحمه الله ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً) يعني وإن أقام البينة ، والقائل هو
المصنف « رح » (لتناقضه) أي لتناقض المدعي ، فإنه إذا أشهد على نفسه بالإستيفاء
فبعد ذلك بقاء حقه في يد آخر يناقض ، فينبغي أن لا يسمع دعواه ، كذا في المبسوط
وفتاوى قاضي خان . واعتذر بعضهم في هذا فقال تناقض عفو في موضع الخفاء كالمبد
يدعي الحرية بعد إقراره أنه رقيق . وقال الحاكم الشهيد في الكافي وقال أبو يوسف ومحمد
« رح » في رجل مات وترك داراً وابنين فاقسما الدار وأخذ كل واحد نصيبه وأشهد
على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما ما في يد صاحبه لم يصدق على ذلك ، إلا
أن يقر صاحبه ، فلم بهذا أنه لا تقبل بينته بعد الإقرار بالإستيفاء كما قال صاحب
الهداية (وإليه أشار من بعد) إلى ما ذكرنا أشار القدوري في قوله وإن قال أصابني
إلى موضع كذا فلم يسلمه إلى ولم يشهد على نفسه بالإستيفاء .

وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع
يمينه ، لأنه يدعي عليه الغضب وهو منكر . وإن قال أصابني إلى
موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالإستيفاء وكذبه
شريكة تحالفا وفسخت القسمة ، لأن الاختلاف في مقدار
ما حصل له بالقسمة ، فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع
على ما ذكرنا من أحكام التخالف فيما تقدم . ولو اختلفا في التقويم
لم يلتفت إليه ،

وقال تاج الشريعة ويحتمل أن تكون الإشارة في المسألة الثالثة وهو إذا لم يشهد على
نفسه بالإستيفاء والحكم فيها التحالف ، لأنها اختلفا في قدر المقبوض وقد وجد هذا
المعنى في المسألة الاولى ولم بشرع التحالف على ان عدم التحالف في المسألة الاولى للتناقض .
(وإن قال قد استوفيت حقي فأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) هذا
لفظ القدوري (لانه يدعي عليه الغضب وهو منكر) وقوله استوفيت بضم التاء إذا
استوفى ، وقوله وأخذت بفتح ، أى أنت أخذت بعض حقي لانه يدعي عليه الغضب
وهو منكر ، والقول للمنكر مع يمينه .

(وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي) هذا لفظ القدوري ، أى وإن قال
أحد المتقاسمين للآخر (ولم يشهد على نفسه بالإستيفاء) أى والحال أن المدعي لم يشهد
على نفسه بأنه استوفى نصيبه (وكذبه شريكه) أى في قوله أصابني إلى موضع كذا
(تحالفا وفسخت القسمة لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة) فيكون
الاختلاف في نفس القسمة (فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع) أى صار الحكم
المذكور نظير اختلاف المتبايعين في قدر المبيع فوجد التخالف (على ما ذكرنا من أحكام
التخالف فيما تقدم) في كتاب الدعوى .

(ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه) ذكر هذا تقريرا على مسألة القدوري ،

وذكر الأسيجلي في شرح القنورى وإن القسامة شاة فأصلب أحدهما خس وخسوة شاة والآخر خس وأرسون شاة ، ثم ادعى صاحب الأوكس غلطاً في التعويم لم يقبل بينة في ذلك ، لأن القسمة منهم إقرار بانتسلي ، فإذا ادعى الثقات وقد أنكر ما أقرب به فلا يسمع ولم يفصل بينهما إذا كانت القسمة بالقضاء أو بالتراضي وبينهما ما إذا كان الثقب يسيراً أو قاحلاً كما ترى . وكذلك أطلق الكرخي في مختصره . وقال في المسائل في قسم المبسوط اختلافاً في التعويم لا يلتفت إلى قولهم ، لأن القسمة إن كانت بالتراضي فالقاضي لا يقضي إلا بتعويم القومين ، فصار كما لو قضى ثم ادعى أنه ذو رد . وإن كانت بالتراضي فهو مدعي عينا والمقد لا يخلو عنه . وقال في كتاب أدب القاضي في شرح الطحاوي إذا ادعى النلط في التعويم وكانت الثقب وأنتم قومتموه بألف فهذا لا يلتفت إليه لأنه يدعي الثقب ، والثقب بالتعويم لا يبطل القسمة كالبيع .

ثم قال وقيل هذا إذا كانت قسمة الرضى ، فأما إذا كانت القسمة بالقضاء له حق الفسخ ، لأنه لم يرض بذلك . وقال في القنورى الصنوى ادعى أحد المتعاقبين التلطفي القسمة من حيث القيمة ، يعنى إذا ادعى عيياً في القيمة إن كان يسيراً بحيث يدخل تحت تعويم القومين لا يسمع دعواه ولا تقبل بيته . وإن كان بحيث لا يدخل تعويم القومين . وإن كانت القسمة بالقضاء لا بالتراضي تسمع بيته بالإتفاق . وإن كان لا يقرضى الخصمين إلا بقضاء القاضي لم يذكر في الكتاب .

وحكي عن القتيه أبي جعفر أنه كان يقول إن قيل يسمع فله وجه ، بخلاف الثقب في البيع . وإن قيل لا يسمع فله وجه أيضاً كما قال في البيع . وحكي عن القتيه أنه كان يقول يسمع كما إذا كانت بقضاء القاضي وهو الصحيح كما ذكره في شرح المختصر . وذكر في أدب القاضي من شرح القاضي الإمام الأسيجلي أن في دعوى الثقب في القسمة إذا كان بالتراضي لا يسمع كما في البيع . قال بعض المشايخ قالوا تسمع كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي . وذكر الأسيجلي في شرحه دقيقة لطيفة فقال وهذا كله إذا لم يقر الخصم بالإستيفاء ، فأما إذا أقر بالإستيفاء فإنه لا يصح دعواه النلط والثقب ، إلا إذا ادعى النصب

لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع ، فكذا في القسمة لوجود التراضي . إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش ، لأن تصرفه مقيد بالعدل . ولو اقتسما داراً وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا . وإن كان أقام البينة يؤخذ ببينة المدعي لأنه خارج ، وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد . وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفاً وتراداً .

فحينئذ يسمع دعواه ، إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى ، والصدر الشهيد أخذ بالقول الأول كذا في الذخيرة . وفي فتاوى قاضي خان جعل القول الأخير أولى ، وبه قال الفضلى . وعند الشافعي لم يقبل دعواه في القسمة بالتراضي كما ذكر الشهيد وبالقضاء تقبل . (لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به) أي بدعوى الغبن ، وتذكير الضمير على تأويل الادعى (في البيع) بأن اشترى شيئاً بثمن معلوم ، ثم ادعى الغبن فيه فإنه لا تسمع (فكذا في القسمة لوجود التراضي إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش ، لأن تصرفه مقيد بالعدل) أي لأن تصرف القاضي مقيد بالعدل ، فإذا ظهر الغبن الفاحش ظهر أن القضاء كان بغير عدل .

(ولو اقتسما داراً وأصاب كل واحد طائفة) أي ينتقص ، ونصيب هذه المسألة غير مسألة أول الباب ، إلا أنها أعيدت لبناء مسائل أخرى عليها ، قيل أعادها لزيادة البيان (فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه) أي أن البيت من الذي أصابه ، يعني من نصيب الذي أصابه (بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا) أشار به إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا ببينة ، لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها (وإن أقام البينة) أي وإن أقام كل واحد منها البينة على ما يدعيه (يؤخذ ببينة المدعي لأنه خارج ، وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد) وفيه خلاف الشافعي ، وقد مر في الدعوى (وإن كان قبل الإشهاد على القبض) أي وإن كان ما ادعياه قبل الإقرار بالقبض (تحالفاً وتراداً) أي

وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد
بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا . وإن قامت لأحدهما بينة قضى
له ، وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع .

فصل

قال وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند
أبي حنيفة « رح » ، ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه . وقال

حلف كل منهما على دعواه ، وتعاد القسمة كما في البيع بتحالفان ويفسخ البيع .
(وكذا إذا اختلفا في الحدود) ذكره تقريباً ، صورته دار بين اثنين اقتسما وأصاب
أحدهما جانباً منها ، وفي طرف حده بيت في يد صاحبه الآخر بلا بينة . وفي طرف
حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما البينة الذي في يد صاحبه أنه دخل في حده
(وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا) أي بينة الخارج
أولى ، لأنه أكثر إثباتاً . وفي شرح الكافي فإن اختلفا في الحد بينهما ، فقال أحدهما هذا
الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه . وقال الآخر لا بل هذا الحد قد دخل في نصيب
صاحبه . فإن قامت لهما بينة قضيت به بينهما ، لأنه في أيديهما وإلا استخلف كل منهما على
دعوى صاحبه وجعلت كل منهما في يده ، لأن كل منهما مدعى ومدعى عليه ، فإن أراد
أحدهما رد القسمة بعدما يتحالفان ، لأن الاختلاف وقع في نفس القسمة (وإن قامت
لأحدهما بينة قضى له ، وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع) يعني يحلف كل
واحد منهما على دعوى صاحبه وبعد التحالف ويرد القسمة .

(فصل)

أي هذا فصل في بيان الاستحقاق (قال وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم
تفسخ القسمة عند أبي حنيفة « رح » ، ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه . وقال
أبو يوسف « رح » تفسخ القسمة) أي قال القدوري في مختصره ، يعني إذا كانت دار بين

أبو يوسف «رح» تفسخ القسمة ، قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر في الأسرار

اثنين إما ورثاها وإما اشتراها فاقتهما ثم استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لا ينقض القسمة عند أبي حنيفة وعن قريب تذكر صورتها بأوضح من هذا ، ويقول أبي حنيفة قال أبو مالك وفي بعض كتبه إن كان الشيء المستحق تأفها يسيراً رجع بنصف قيمة ذلك دراهم ودنانير ، ولا يكون بذلك شريكاً لصاحبه . وقال أشهب رجع بنصف نصيب صاحبه سواء كان المستحق قليلاً أو كثيراً ، وفيه المضرة ولا مضرة فيه ، ولا ينقض القسمة ، ويقول أبي يوسف قال الشافعي .

(قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر في الأسرار) أي كما ذكره القدوري ذكره أبو زيد في إشارات الأسرار . وقال السفناقي صفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً ، لأن هذه المسألة مذكورة في الأسرار في الشائع وصفاً وتعليلاً من الجانبين وتكراراً بلفظ الشائع غير مرة . قلت عبارة الأسرار إذا اقتسم رجلان داراً بينهما ثم استحق من نصيب أحدهما بيت معين لم يبطل القسمة ، ولكن بتخير القسمة المستحق عليه إن شاء ضرب في نصيب صاحبه بما يساوي صاحبه ، وإن شاء استأنف عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف يستأنف القسمة وقول محمد مضطرب . والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع في نصيب أحدهما لأن محمداً ذكر الخلاف في استحقاق نصف ما في يد أحدهما في كتاب الأصل . وكذا ذكر الحاكم في الكافي والطحاوي والكرخي في مختصرهما وصاحب الذخيرة كلهم ذكروا على سؤال واحد ، والنصف اسم للشائع لا محالة .

وقال الكرخي في مختصره قال محمد وإذا كانت دار بين رجلين نصفين فاقتهما فأخذ أحدهما الثلث من مقدمها وقسمته ستائة وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها ، وقيمتها ستائة ثم اصطالحا على ذلك ميراثاً كان بينهما أو شراء ، ثم استحق نصف ما في يد صاحب المقدم ، فإن أبا حنيفة قال في هذا يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع ما في يده ، وقيمة ذلك مائة وخمسون درهماً إن شاء ، وإن شاء نقض القسمة وهو قول محمد .

والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما ، فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالإتفاق ، فهذه ثلاثة أوجه ، ولم يذكر قول محمد . وذكر أبو سليمان مع أبي يوسف ، وأبو حفص مع أبي حنيفة

وقال أبو يوسف يرد ما بقي في يده ويبطل القسمة ويكون ما بقي في أيديهما نصفين ، انتهى .

والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه ، ففي استحقاق بعض معين في أحد النصفين أو فيهما جميعاً لا ينقض القسمة بالإتفاق . وفي استحقاق شيء شائع في النصفين تنقض القسمة بالإتفاق . وفي استحقاق بعض شائع في النصيبين أحدهما الطرفين لا تنقض القسمة عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف ، وهي مسألة الكتاب فدل على ما ذكرنا كله على صحة ما قاله السفناقي ، وما قيل يمكن أن يحمل على اختلاف النسخ ليس بشيء ، فإن الكتب التي ذكرنا شاهدة على هذا ، على أن قول القدوري وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قول القدوري بعينه متعلق بنصيب أحدهما لأنه بعض فيكون تقدير كلامه : وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين ، فافهم .

(والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما ، فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع . ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالإتفاق فهذه ثلاثة أوجه) وهي ظاهرة ، وقد ذكرناها آنفاً . وفي الصورة الثالثة اختلف أصحاب الشافعي . وقال أبو هريرة يبطل القسمة في المستحق ويكون في الباقي قولان . وقال أبو اسحاق يبطل في الكل قولاً واحداً . وقال مالك لا تبطل القسمة واتبع كل وارث بقدر ما صار إليه ان قدر على قسمة من ذلك وهو الأصح (ولم يذكر قول محمد) أي لم يذكر القدوري قول محمد ورح ، لأنه مضطرب (وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف) أي وذكر أبو سليمان قول محمد مع أبي يوسف (وأبو حفص مع أبي

وهو الأصح . لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك
ثالث . لهما والقسمه بدون رضاه باطله كما أن استحق بعض
شائع في النصيبين . وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى
القسمه وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر
شائعاً ، بخلاف المعين . ولها أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق
جزء شائع في نصيب أحدهما . ولهذا جازت القسمه على هذا

حنيفة (أي ذكر أبو حفص قول محمد مع أبي حنيفة (وهو الأصح) .
(لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما) أي للتقاسم
(والقسمه بدون رضاه باطله) أي بدون رضاه الشريك الثالث ، لأن موضع المسأله فيها
إذا تراضيا على القسمه ، لأنه اعتبر القسمه فيها ، ولا بد من التراضي (كما إذا استحق
بعض شائع في النصيبين) أي في نصيب الشريك (وهذا) أي بطلان القسمه أيضاً في
ظهور الاستحقاق في بعض شائع في النصيبين (لأنه باستحقاق جزء شائع تنعدم معنى
القسمه) أي في النصيب (وهو الإفراز) أي في معنى القسمه ، وهو الإفراز والتمييز
(لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً) توضيحه أن استحقاقه وإن كان من
نصيب صاحبه المقدم خاصة فذلك يؤدي إلى الشيوع على الكل ، لأن صاحب المقدم يرجع
بحصه ذلك مما في يد صاحب المؤخر ، فيكون ذلك بمنزلة ما لو كان المستحق جزءاً
شائعاً في الكل .

(بخلاف المعين) لأن في استحقاق بعض معين يقع الإفراز فيها ورأه يمكن أن يبقى
له ولاية الرجوع ، يعني المستحق عليه بالخيار أن شاء أبطل القسمه لأنه استحق بعض
المعقود عليه ، وللتقيص في الأعيان عيب ، والغيب يوجب الخيار . وإن شاء لم يبطل
القسمه ورجع على صاحبه بربع ما في يده اعتباراً بالجزء بالكل .

(ولها) أي ولأبي حنيفة ومحمد (أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في
نصيب أحدهما) لأنه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر (ولهذا جازت القسمه على هذا

الوجه في الإبتداء بأن كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث ، والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربيع المؤخر يجوز ، فكذا في الإنتهاء ، وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين ، لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين ، أما هاهنا لا ضرر بالمستحق فافترقا

الوجه في الإبتداء بأن كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث (أي بأن كان النصف المقدم من الدار مشتركاً بين شريكين وثالث ، صورته أن يكون دار على نصفين فالنصف المقدم منها مشتركاً منها بين ثلاثة نفر ، والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم ، والنصف الآخر بين اثنين على السوية) والنصف المؤخر بينهما (أي بين هذين الاثنين على السوية) لا شركة لغيرهما فيه (أي في النصف الآخر) فاقسما (أي هذان الاثنان) على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربيع المؤخر يجوز (أي على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر ، ويأخذ الآخر ما بقي من ذلك يجوز ، لأن ما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى ، وهو معنى قوله (فكذا في الإنتهاء ، وصار كاستحقاق شيء معين) أي في عدم انتفاء معنى الافراز .

(بخلاف الشائع في النصيبين) جواب عما قال أبو يوسف كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين (لأنه لو بقيت القسمة) في هذه الصورة (لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين) في موضعين فيؤدي إلى الضرر منتف شعراً (وأما هاهنا لا ضرر بالمستحق فافترقا) أي الحكماء في المقيس والمقيس عليه في النصيبين ، لأنه يحتاج إلى قسمة في يد كل واحد منها ، فتفريق نصيبه .

فإن قلت إذا لم يكن للمستحق ضرر ولكن المستحق عليه يتضرر بتفريق نصيبه في التعين ، أعني نصيب المستحق ونصيب الشريك الآخر . قلت ضرر المستحق عليه ليس بمنظور هنا ، لأن ضرورة انشاء من فعلهما حيث اقتضى بدون الشريك الثالث ولم يفصحا

صورة المسألة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر
 الثلثين من المؤخر ، وقيمتها سواء ، ثم استحق نصف المقدم فعندهما
 إن شاء نقض القسمة دفعاً لعب التشقيص ، وإن شاء رجع على
 صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لأنه لو استحق كل المقدم رجع
 بنصف ما في يده ، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو
 الربع اعتباراً للجزء بالكل . ولو باع صاحب المقدم نصفه
 ثم استحق النصف الباقي

عنه ، على أنا نقول هذا الإشكال يرد على الكل ، لأن في استحقاق الجزء المعين يلزم هذا
 الضرر على المستحق عليه ، ومع هذا لا ينقض القسمة بالإجماع .

(وصورة المسألة) أي المسألة المذكورة في الكتاب لا المستشهد بها (إذا أخذ أحدهما
 الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتها سواء ، ثم استحق نصف المقدم)
 أي النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما (فعندهما إن شاء نقض القسمة
 دفعاً لعب التشقيص ، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر) فإن جميع
 قيمة الدار ألفاً ومائتا درهم ، ولما استحق النصف من الثلث المقدم شيء أن المشترك بينهما
 تسماً ، ثم فهو كل واحد منهما في أربعمائة وخمسين ، والذي بقي في يد صاحب المقدم
 يساوي ثلاثمائة ، وما في يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة فيرجع عليه بربع ما في يده
 وقيمتها مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد منهما ما يساوي أربعمائة وخمسين (لأنه لو
 استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده ، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف
 وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل) أي لأن إنسان لو استحق كل المقدم من الدار وهو
 الثلث والباقي ظاهر .

(ولو باع صاحب المقدم نصفه) ذكره تقريباً على مسألة اللقودري ، أي ولو باع
 صاحب المقدم النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما (ثم استحق النصف

رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا ، وسقط خياره ببيع
البعض . وعند أبي يوسف في يد صاحبه بينها نصفان ، ويضمن قيمة
نصف ما باع لصاحبه ، لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده ،

الباقى رجع بربع ما في يد الآخر عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقد ذكر هنا
قول محمد مع أبي يوسف « رج » كما في الاول . وذكر الكرخي قوله مع أبي حنيفة كما في
الاول ، وذلك لان من أصل أبي حنيفة أن القسمة لا تنقض فيحتاج إلى تحقيق معنى
المعادلة ، فيقول لو استحق جميع ما في يده رجل بنصف ما في يد صاحبه . وإذا استحق
النصف رجع بالربع اعتبار للجزء بالكل ، وهو معنى قوله (لما ذكرنا) يعني من قوله
لان لو استحق كل القدم رجع بنصف ما في يده إلى قوله اعتباراً للجزء بالكل (وسقط
خياره ببيع البعض) أى سقط خيار المستحق عليه في فسخ القسمة ، لانه باع البعض
وبقي حق الرجوع بالربع تحقيقاً للمعادلة .

وقال الكرخي في مختصره فان كانت مائة شاة ما بين رجلين نصفين ميراثاً أو شراءً
فاقتسامها وأخذ أحدهما أربعين شاة فساوى خمسين ، وأخذ الآخر ستين تساوي
خمسائة فاستحققت شاة من الأربعين تساوي عشرة دراهم ، فانه يرجع بخمسة دراهم في
الستين شاة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله أيضاً ، فتكون الستون شاة
بينها يضرب فيها بخمسة دراهم ، ويضرب فيها الآخر بخمسين درهم إلا خمس دراهم ،
انتهى . وهذا لا ينقض القسمة بالإتفاق ، لان الاستحقاق إذا ورد على شيء يعني لا
ينقض القسمة وقد وردت على شاة بعينها فوجب الرجوع بنصف قيمة الشاة المستحقة
لتحقق معنى المبادلة ، وتبنى أن بينها ألفاً إلا عشرة دراهم ، وقد وصل إلى صاحب
الستين وخمسمائة إلى صاحب الأربعين أربعين وخمسة دراهم ، ويبقى خمسة دراهم إلى تمام حقه
فيضرب في الستين شاة بخمسة دراهم وشريكه بأربع مائة وخمسة وتسعين .

(وعند أبي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان فيضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه
لان القسمة تنقلب فاسدة عنده) أى عند أبي يوسف ، لانه تبين الاستحقاق والقسمة

والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه ، وهو مضمون
بالقيمة فيضمن النصف نصيب صاحبه . قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر
في التركة دين محيط ردت القسمة

كانت فاسدة (والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك) هذا جواب لمن يقول ينبغي أن يقبض
البيع ، لانه بناء على القسمة وهي فاسدة فيفسد ما بنى عليه فليست رد الشريك البائع ما
باع ، ويجمع النصيب الذي في يد الآخر ويقسم ثانياً ، فأجاب بأن القسمة في معنى البيع
من حيث أنها مبادلة فكانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض في البيع الفاسد (فنفذ
البيع فيه) لاتصال القبض (وهو مضمون بالقيمة فيضمن النصف نصيب صاحبه) لتعذر
الوصول إلى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف صاحبه .

(قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) أي قال المصنف
ذكر هذه المسألة تقريباً على مسألة القدوري وهي من مسائل الأصل ، ولكن كان ينبغي
أن لا يذكر في أول المسألة لفظ قال لأنه لم يذكر هذه المسألة في البداية . وقوله دين لا
تفاوت فيه بين أن يكون قليلاً أو كثيراً ، وبه صرح الحاكم في الكافي والكرخي في
مختصره ، إلا أن يكون للميت مال ما سوى ذلك بيع بالدين وأبعدت القسمة . وقوله رد
القسمة ، أي إذا لم يرد الورثة الدين ، إما لراد وإلا لرد ، لأن حق الغرماء في مالية الشركة
لا في عينها ، وبه قال مالك . وقال الشافعي إن قلنا أن القسمة تميزاً لحقين لم تبطل
القسمة ، وإن لم يقبض الدين بطلت القسمة . وإن قلنا بيع الشركة قبل قضاء الدين ففيه
قولان ، وفي قسمتها قولان . وفي الذخيرة لو ظهر وارث آخر وموصى له بالثلث أو
الربع أو ما أشبه ذلك وردت القسمة لأنه ظهر أن في الشركة شريكاً آخر قد اقتسموا
دونه . وكذا لو ظهر الموصى له بالآلف المرسل ، أي إذا قالت الورثة بحق ينقص حق
الغرماء وحق الموصى له بالآلف المرسل .

أما في الوارث الآخر والموصى له بالثلث أو الربع ليس لهم ذلك ، لأن حقها في عين
الشركة فلا ينفك إلى مالك آخر إلا برضاها ، ربح الغريم والموصى له بالآلف المرسل إلى

لأنه يمنع وقوع الملك للوارث ، وكذا إذا كان غير محيط لتعلق
حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم

المالية لا في عين الشركة ، وفي ذلك قال الوارث في التركة سواء . ولهذا قالوا لو كان
مال آخر لم يدخل في القسمة ليس للفرع والموصى له بالآلف المرسلة حق بعض القسمة ،
بل يعطى حقهما منه .

واختلف أصحاب مالك في ظهور وارث آخر وموصى له بالثلث قال ابن القاسم وإن
كانوا عالمين بوارث آخر لا تصح القسمة ، وإن لم يكونوا عالمين والشركة عين أخذ من كل
ما يتوهم ، وقال عبد الملك وأشهب القسمة جائزة في الوجهين وله الخيار إن شاء أجاز
القسمة وأخذ ما يتوهم من كل ، وإن شاء رد القسمة فيجمع سهمه في محل إذا كانت التركة
دارين ، وإن كانت أكثر استرد القسمة . وإذا كان في التركة دين وطلبوا من القاضي
القسمة والقاضي يعلم بالدين وصاحب الدين غائب ، فإن كان الدين مستغرقا الدين لا يقسم
القاضي ، لأنه لا ملك لهم في الشركة ، فإن كان غير مستغرق فالقياس أن لا يقسمها
أيضا ، لأن الدين سائل لكل جزء من أجزاء التركة ، حتى لو ملك جميع التركة إلا مقدار
الدين كان ذلك لصاحب الدين ، وهذا القياس قول أبي حنيفة « رح » ولكنه استحسّن
وقال قلما يخلو تركه عن دين يسير ويستحب أن يقف عشرة آلاف بدين عشرة ، فالأحسن أن
ينظر للفريقين فيقف من التركة قدر الدين ويقسم الباقي مراعاة للحقين وفيه نظر للميت
من حيث أن وارثه يقوم بحفظ مانصيبه من ذلك ، فليس يكون مضمونا عليه ما لم يصل إلى
صاحب الدين حقه مالا يأخذ كفيلا بشيء من ذلك مثله هذا قول أبي حنيفة .

أما عندهما يأخذ كفيلا وإن لم يكن الدين معلوما للقاضي عن الدين ، فإذا قالوا لا دين
فالقول لهم ويقسم القاضي تمسكهم بالأصل وهو فراغ الذمة عن الدين ، ولو ظهر دين
نقض القسمة لأن أوانها قضاء الدين ، كذا في المبسوط والخيرة .

(لأنه يمنع) أي لأن الدين يمنع (وقوع الملك للوارث) وقد ذكرنا مستقصى (وكذا
إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة) شائما فلا يجوز التصرف كالمرهون (إلا
إذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم) استيفاء من قوله ردت القسمة ، يعني

لأنه لا حاجة إلى تقض القسمة في إيفاء حقهم . ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة أو أداء الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة ، لأن المانع قد زال . ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه ، لأنه لا تناقض إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة

إذا بقي في التركة بعد القسمة بشيء يوفى به الدين فلا ترد القسمة (لأنه لا حاجة إلى تقض القسمة في إيفاء حقهم) لأن المانع عن القسمة قيام حق الغريم ، فإذا وصل إليه حقه زال المانع من نفوذ القسمة .

(ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة) أى وكذا لا يرد القسمة لأنه لا حاجة إلى تقض القسمة إذا أبرأ الميت غرماءه بعد القسمة (أو أداه) أى دين الغرماء حق (الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط) أى وسواء كان الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن (جازت القسمة ، لأن المانع قد زال) وهو قيام الدين .

فإن قلت ما الفرق بين هذا وبين ما إذا ظهر موصى له بالثلث . قلت أنه شريكه في التركة وقد اقتسموا بدونه فلا تصح القسمة ، كما إذا استحق شيء شائع في التركة ، فإن القسمة باطلة كذلك ما هنا . والفقهاء فيه اثنان نعتبر الانتهاء في المسألتين بالابتداء ، وفي ابتدائها إذا قسموا التركة وأعطوا حق الموصى له بالثلث من مالهم لم يكن لهم ذلك إلا برضاه ، لأن حقه في عين التركة ، فإذا أرادوا أن يعطوه من مالهم فقد قصدوا شراء نصيبه من التركة فلا يصح إلا برضاه فكذلك في الانتهاء ، وقد مر تحقيقه آنفاً

(ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه) ذكر تقريراً على مسألة القدوري قيد بقوله ديناً ، لأنه لو ادعى عيناً من أعيان التركة بأي سبب كان بالشراء والهبة أو غيرهما فلا يقبل دعواه كما يجيء عن قريب ، إذ الدين لا يتعلق بعين التركة بل بمعناها وهي المالية ، ولهذا للورثة حق إيفاء الدين من مال آخر ، واستخلاص التركة لا تقسم فلم يكن الإقدام على القسمة إقراراً بعدم الدين ، أشار إليه بقوله (لأنه لا تناقض دعواه ، إذ الدين يتعلق بالمعنى) أى بمعنى التركة وحق المالية (والقسمة تصادف

تصادف الصورة . ولو ادعى عيناً بأي سبب كان لم يسمع للتناقض
إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً

(فصل في المهايأة)

الصورة (أى صورة التركة ، وشرط التناقض اتخاذ المثل ، وهما قد اختلف المثل
فلا يتناقض .

(ولو ادعى) أحد المتقاسمين (عيناً) من العين في التركة (بأي سبب كان) من
الشراء والهبة أو نحوهما (لم يسمع) دعواه (للتناقض إذ الإقدام على القسمة اعتراف) أي
إقرار منه (بكون المقسوم مشتركاً) ودعواه بعد ذلك دعوى بفساد القسمة ، إذ القسمة
فيه باطلة متى كانت العين له ، وبين دعوى الفساد والإقرار بالصحة للتناقض فلا يسمع .
وفي الذخيرة أقر رجل أن فلاناً مات وترك هذه الدار ميراثاً ولم يقل لهم أو لورثته ثم
ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث أو ادعى ديناً عليه أن يقبل . ولو قال ترك ميراثاً
لورثته بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث أو ديناً عليه أو لهم ، المسألة مجالها لا تقبل ، لأنه
لما قال لهم أو لورثته كان إقرار بأن لا دين عليه ولا حق لغيره ، فبعد ذلك دعوى الوصية
أو الدين يتناقض .

وفي الشامل اقتسمت الورثة وأراد فيهم امرأة الميت ثم ادعت بعد القسمة مهرأ على
زوجها وإقامة البينة تنقض بالقسمة ، وكذلك الوارث لو ادعى ديناً ، لأن المهر لا يتعلق
بميت التركة بل بمعناها ، فلم يكن بالإقدام على القسمة مقرة بأن لا حق لها .

(فصل في المهايأة)

لما ذكر قسمة الأعيان شرع بقسمة الأعراض وهي لغة مشتقة من الهيئة وهي الحالة
الظاهرة للمشيء . للشيء ، هاهيأها هي مهايأة ، ومنه التهايؤ وهو أن يتواضعوا على أمر
فيتراضوا به وفي الحقيقة أن يتراضوا بهيئة واحدة ، يعني الشريك منتفع بالعين على الهيئة
التي ينتفع بها الشريك الآخر ، وقد تبدل الهمزة ألفاً . وفي عرف الفقهاء هي قسم المنافع .

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة إليه إذ يتعذر الاجتماع على الإنتفاع فأشبه القسمة ،

ومسائل هذا الفصل الخ من المسائل الأصل لم يذكرها محمد في الجامع الصغير ولا القدوري في مختصره ، ولهذا لم يذكرها صاحب الهداية في البداية إنما ذكرها هنا تكثيراً للقوائد .
(المهاياة جائزة استحساناً) وفي القياس لا يجوز لأنها مبادلة المنفعة بخسها . وقال في شرح الأقطع قال أصحابنا أن المهاياة في المنافع المشتركة عقد جائز واجب إذا طلب أحد الشركاء . وقال الشافعي «رح» لا يجوز . وقال الطحاوي في اختلاف الفقهاء إني طلبت في ذلك قول الشافعي فلم أجد ظاهراً . مذهبه أن الحاكم لا يجوز أن يجبر على المهاياة . وكذا يذكر أصحاب اليوم . وجه استحسان الكتاب قوله سبحانه وتعالى ﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ ١٥٥ الشعراء ، وهذا هو المهاياة .

والسنة ما روي أن رسول الله ﷺ خرج إلى غزوة بدر مع أصحابه على نواضح المدينة ليس لهم ظهر غيرها فكان يخرج منهم الثلاثة على البعير الواحد التناوب ليس فيهم فارس غير مضرب بن عمير والمقداد بن الأسود . وروي عن عقبة بن عامر الجهني قال كنا تتناوب في إبل الصدقة على عهد رسول الله ﷺ .

والمعقول وهو أن الأعيان خلقت للانتفاع ، فمتى كان الملك مشتركاً فكان حق الانتفاع مشتركاً أيضاً ، والحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد ، فيحتاج إليها تكميلاً للانتفاع . ثم التهايز قد يكون من حيث المكان كالدار الكبيرة يسكن أحدهما ناحية منها والآخر ناحية أخرى . وقد يكون من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بالعين كالدار والأرض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة . وأما فيما لا يحتمل القسمة كالداية الواحدة والعبد الواحد لا ينافي القسمة إلا من حيث الزمان .

(الحاجة إليه) أي إلى فعل المهاياة (إذ يتعذر الاجتماع على الإنتفاع فأشبه القسمة) وهذا الوجه المعقول ، وقد بينا . وكلمة إذ للتعليل قوله فأشبه ، أي فعل المهاياة والتهايز القسمة فيما تعذر الإنتفاع بالعين جملة فيقسم ينتفع كل منه بنفسه ، فكذلك الإنتفاع بالمنفعة قد يتعذر جملة يستهمون وينتفع كل منهم بنصيبه ، إذ المقصود من الأعيان الإنتفاع بها

ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة . إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد ، والتهايؤ جمع على التعاقب ، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي ، لأنه أبلغ في التكميل .

(ولهذا) أي ولأجل شبه المهايأة القسمة (يجري فيه) أي في المهايأة تأويل جملة التهايؤ (جبر القاضي كما يجري في القسمة) إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره يجبره القاضي كما يجري ، أي في القسمة عند اتحاد الجنس .

ثم اختلف العلماء في كيفية جوازها . قال بعضهم إن حرب المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتاً يسيراً كما في الثياب والأراضي يعتبر إفرازاً من وجه مبادلة من وجه حتى لا يتفرد أحدهما بهذه المهايأة . ولو طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر على المهايأة . وعند الشافعي لم يجبر ، وعنه في وجه يجبر وإن حرب في الجنس المختلفة كاللدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه ، حتى لا يحوز من غير رضاها لما أن المهايأة قسمة المنافع فيعتبر بقسمة الأعيان وقسمة العين اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف . وفي الجنس المتحد إفراز من وجه مبادلة من كل وجه كما بينا فلا يتفرد أحدهما بالقسمة ، ولكن أجبر عليه بطلب أحدهما ، لأن التفاوت يسير ، وكذا في قسمة المنافع . وقيل إن المهايأة في الجنس الواحد من الأعيان متفاوتة تفاوتاً يسيراً يعتبر إفرازاً من وجهه حارية من وجه ، لأن المهايأة جائزة في الجنس الواحد . ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد لأنها تكون مبادلة المنفعة يمنحها وأنه يحرم النساء والأول أصح .

(إلا أن القسمة أقوى منه) أي من التهايؤ (في استكمال المنفعة لأنه) أي لأن القسمة والتذكير باعتبار القسم (جمع المنافع في زمان واحد ، والتهايؤ جمع على التعاقب) يعني يقع شيء منها عقيب شيء (ولهذا) أي لكون القسمة أقوى (لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لأنه أبلغ في التكميل) أي ولأن القسم أبلغ في تكميل المنفعة لما ذكر أنه جمع المنافع في زمان واحد .

ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم
وتبطل المهايأة لأنه أبلغ ولا يبطل التهايو بموت أحدهما
ولا بموتهما ، لأنه لو انتقض لاستثناه الحاكم ولا فائدة في النقض
ثم الاستئناف . ولو تهاينا في دار واحدة على أن يسكن هذا
طائفة ، وهذا طائفة أو هذا علوها ، وهذا سفها جائز ، لأن القسمة
على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايو في هذا الوجه إفرار
لجميع الأنصاء لا مبادلة ،

(ولو وقعت) أي المهايأة (فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم) أي
ثم طلب أحد الشريكين القسمة يقسم للقاضي (وتبطل المهايأة ، لأنه) أي لأن القسم
(أبلغ) في تكميل المنفعة . وقال في كتاب الصلح من المسائل ولكل واحد نقض
المهايأة بلا عذر إذا لم يرد التعت ، لأنه بمنزلة العارية وورثتها بمنزلتها . وقال في الكفاية
طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايأة قسم الحاكم وفسخ المهايأة ، لأنه الأصل القسمة .
(ولا يبطل التهايو بموت أحدهما ولا بموتهما ، لأنه لو انتقض لاستثناه الحاكم) يجوز
طلب الورثة المهايأة (ولا فائدة في النقض ثم الاستئناف) أي فحينئذ فلا فائدة في
نقض المهايأة ثم إعادتها (ولو تهاينا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة) أي ناحية
من الدار (وهذا طائفة) أي ناحية أخرى منها (أو هذا علوها وهذا سفها) أي وهذا
يسكن علو الدار وهذا يسكن سفها (جاز ، لأن القسمة على هذا الوجه جائزة ،
فكذا المهايأة) يجوز يجبر الممتنع بطلب أحدهم وبه قال الشافعي ومالك ، وسواء في
ذلك ذكرت المدة أو لا . وفي المبسوط لو انهدم العلو فلصاحبه أن يسكن مع صاحب
السفل ، لأنه إنما رضي بسقوط حقه في السفل بشرط سلامة سكن العلو فلم يسلم ، فكان
هو على حقه في السفل وورثته في ذلك بمنزلة .

(والتهايو في هذا الوجه) وهو أن يسكن في هذا جانب من الدار ويسكن
هذا في جانب آخر في زمان واحد (إفرار لجميع الأنصاء لا مبادلة) يعني جمع القاضي

ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد أن يستغل ما أصابه
بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه .
ولو تهايتا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً جاز ،
وكذا هذا في البيت الصغير ، لأن المهاياة قد تكون في الزمان
وقد تكون من حيث المكان والأول متعين هاهنا .

بها جمع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت سابعة في ثلثين ، وكذلك في حق
الآخر ، وبهذا إيضاح لكونها إفراز لا مبادلة (ولهذا لا يشترط فيه التوقيت) يعني لو
كانت مبادلة يشترط فيها بيان المدة لأنها تعتبر حينئذ إجارة ، وهذه الإجارة فاسدة لأنها
تكون إجارة السكنى (ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة) أي ولكل واحد
من التهايتين أن يأخذ بحدوث المنافع على ملكه ، احتراز بهذا القيد عن قول أبسى على
الشافعي فإنه قال لو تهايتا بالسكنى ولم يشترط الإجارة لم يملك كل واحد منها إجارة
منزله . وقال شمس الاثمة ظاهر المذهب أنه يملك الإجارة (شرط ذلك في العقد أو لم
يشترط) كذا في الذخيرة .

فإن قلت المنافع في العارية يحدث على ملك المستعير ، ومع هذا لا يملك الإجارة .
قلت لجواز أن يسترده (لحدوث المنافع على ملكه) المعير قبل مضي المدة فلا فائدة .
(ولو تهايتا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً ، وهذا يوماً) أي ويخدم هذا
يوماً (جاز) أي التهاؤ . واحتراز بالعبد الواحد على التهاؤ على علة العبد الواحد ، فإنه
لا يجوز بالإتفاق بيانه فيها ، ذكر شيخ الإسلام الاسبيجاني في كتاب الصلح من الكافي ،
والتهاؤ في خدمة العبد الواحد والعبدين جائزة . وفي الكيسانيات في العبدین ينبغي
أن لا يجوز أيضاً هاهنا عند أبي حنيفة اعتبار أبرقتيهما .

(وكذا هذا في البيت الصغير ، لأن المهاياة قد تكون في الزمان) بأن يسكن هذا
يوماً وهذا يوماً (وقد تكون من حيث المكان) بأن يسكن هذا طائفة وطائفة (والأول
متعين هاهنا) معنى التهاؤ في الزمان متعين في البيت الصغير ولم يذكر أن هذا إفراز أو

ولو اختلفا في التهاؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملها
بأمرهما القاضي بأن يتفقا ، لأن التهاؤ في المكان أعدل
وفي الزمان أكمل ، فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق . فإن اختاره
من حيث الزمان يقرع في البداية نفياً للتهمة ، ولو تهاينا في العبدین
على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر

مبادلة ، لانه عطفه على صورة الإفراز وكان معلوماً (ولو اختلفا في التهاؤ من حيث
الزمان والمكان) بأن يطلب أحدهما التهاؤ من حيث الزمان والآخر من حيث المكان أو
من حيث الزمان فقط ، فهو أن يطلب أحدهما أن يسكن جميع الدار شهراً وصاحبه
بشهر آخر أو من حيث المكان فقط فهو أن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه
(في محل يحتملها) أي محتمل التهاؤ من حيث الزمان ، والتهاؤ من حيث المكان ، كالدار
مثلاً . قيد به إذا كان في محل لا يحتملها كالبيت الصغير مثلاً فإنه لا يكون التهاؤ إلا
من حيث الزمان فقط .

(بأمرهما القاضي بأن يتفقا ، لان التهاؤ في المكان أعدل) لان كل واحد ينتفع في
زمان واحد من غير تقديم لأحدهما على الآخر (وفي الزمان أكمل) لأن كل واحد ينتفع
بجميع الدار في نوبته ، وفي المكان ينتفع بالبعض (فلما اختلفت الجهة) وهو الزمان
والمكان (لا بد من الاتفاق ، فان اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية نفياً للتهمة)
أي لتهمة الميل ، وإنه قيد الاختيار من حيث الزمان ولم يطلق ، لان التسوية في المكان
كمكان ممكن في الحال بان يسكن هذا بعضها ويسكن الآخر بعضها . ولو كان المتقدم
أحسن وأنفع يمكن أن يجعل في نصيب الآخر من المرافق ما يساوي المقدم ، أما التسوية
من حيث الزمان فلا يمكن في الحال إلا أن يمضي مدة أحدهما ثم يسكن الآخر
مثل تلك المدة .

(ولو تهاينا في العبدین على أن يخدم هذا هذا العبد) فهذا العبد فاعل لقوله يخدم
فيكون مرفوعاً ، وهذا الاول مفعول فيكون محله النصب (والآخر) بنصب الاول

الآخر جاز عندهما ، لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما
جبراً من القاضي وبالتراضي ، فكذا المهايأة . وقيل عند أبي حنيفة
لا يقسم القاضي ، وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر
عنده والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً ، لان المنافع من
حيث الخدمة قلما تتفاوت ، بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت
فاحشاً على ما تقدم . ولو تهايتا فيهما على أن نفقة كل عبد على
من يأخذه جاز

ورفع الثاني أي ويخدم الشريك الآخر العبد (الآخر جاز عندهما) أي عند أبي يوسف
ومحمد وبه قالت الثلاثة (لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي
وبالتراضي ، فكذا المهايأة) أي فكذا يجوز المهايأة وقد مر أنها تجوز أن قسمة الرقيق
جبراً ، والمهايأة من أهل القسمة .

(وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي) أي قال بعض المشايخ عنه فكذا على قياس
قوله (وهكذا روي عنه) أي كما قال بعض المشايخ روى عنه الخصاف رحمه الله . وقال
الأقرازي يعني روي عن أبي حنيفة في الكيسانيات أن التهايت على خدمة العبد لا يجوز
وظاهر الرواية على خلاف ذلك (لانه لا يجري فيه الجبر عنده) لأن الشأن لا يجري في
القسم الجبر عند أبي حنيفة (والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً) لأن معنى قول أبي
حنيفة ، أن النور لا تقسم أنه لا يفعل القاضي ، فإن فعله جاز ، فعلى هذا يجوز القسمة
في الأصول ، فكذا في المهايأة ، وإلى هذا قال الكرخي (لأن المنافع من حيث الخدمة
قلما تتفاوت) لأن الإستخدام مما لا يدوم انه مبني على المساعدة والمساهمة ، فيكون
منافع العبد متقاربة .

(بخلاف أعيان الرقيق ، لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم) في القسمة (ولو
تهايتا فيهما) أي ولو تهايتا الشريكين في العبد (على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز

استحساناً للمساعدة في إطعام الممالك ، بخلاف شرط الكسوة
لأنه لا يسامح فيها. ولو تهايثا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما
داراً جاز ويجبر القاضي عليه . وهذا عندهما ظاهر ، لأن الدارين
عندهما كدار واحدة . وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة
وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايث فيها أصلاً بالجبر

استحساناً للمساعدة في إطعام الممالك ، بخلاف شرط الكسوة ، لأنه لا يسامح فيها) قال في
الشامل تهايثا في عدين على أن يستخدم كل واحد أحدهما وطعام كل واحد عليه جاز
استحساناً ، لأنه يستفتح أن يخدمه ويؤتى بطعامه من بيت غيره . ولو تهايثا على أن
يكون لكل واحد كسوة ما في يده لا يجوز ، لأن كسوتها عليهما ، فيكون كل واحد
مشترياً نصف الكسوة من صاحبه بنصف كسوة الذي في يده فانه مجهول فلا يجوز .

(ولو تهايثا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً جاز) بالإتفاق (ويجبر القاضي
عليه) أي على التهايث في الدارين إذا امتنع أحدهما (أما عندهما فظاهر ، لأن الدارين
عندهما كدار واحدة) أي أما عند أبي يوسف ومحمد فظاهر ، لأن قسمة الدارين في هذا
المثال تصح ، فكذا التهايث . وكذا عند أبي حنيفة ، لأن التفاوت يقل في المنافع فيجوز
بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازاً كالأعيان المتقاربة .

(وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة) وهو قول الكرخي ، فإنه قال لا يجبر
عند أبي حنيفة . قال في الفتاوى الصغرى وذكر للكرخي هذا إذا تراضيا عليه ، أما
عند طلب أحدهما فالقاضي لا يجبر عند أبي حنيفة ، لأن عنده قسمة الجبر لا يجري في
الدور ، فكذا في القسمة بطريق التهايث .

(وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايث فيها أصلاً بالجبر) أي من القسمة والتهايث في
أكثر النسخ فيه ، أي في سكنى الدارين قوله أصلاً ، يعني مطلقاً ، يعني لا بالجبر ولا
بالتراضي ، وهذه رواية الكيسانيات . بيانه فيها قال شيخ الإسلام الاسبيجاني في شرح
الكافي فكذلك التهايث في الدارين على السكنى إذ العلة جائزة . وذكر في الكيسانيات

لما قلنا، وبالتراضي لأنه يبيع السكنى بالسكنى . بخلاف قسمة رقبتهما
لأن يبيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز . وجه الظاهر أن التفاوت
يقبل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ، ويعتبر
إفرازاً أما يكثر التفاوت في أعيانها فاعتبر مبادلة . وفي الدابتين لا
يجوز التهاؤ على الركوب عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز اعتباراً
بقسمة الأعيان . وله أن الإستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين
فإنهم بين حاذق

عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ، لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وقسمة العين في الدارين
عنده لا يجوز باعتبار التفاوت ، إلا أن ثمة يجوز بالتراضي لأنه بملك ينعقد تملكاً عند
ذلك ، وتملك الدار جائز ، وهذا ينعقد تملك السكنى بالسكنى وذلك باطل (لما قلنا)
أشار به إلى قوله اعتباراً بالقسمة (وبالتراضي) عطف على قوله بالجبر (لأنه يبيع السكنى
بالسكنى) أي لأن التهاؤ في الدارين يبيع السكنى بالسكنى وذلك باطل .
(بخلاف قسمة رقبتهما) أي حيث يجوز قسمة رقبة الدارين (لأن يبيع بعض أحدهما
ببعض الآخر جائز) أي بعض أحد الدارين ببعض الدار الآخر (وجه الظاهر) وهو أن
يجبر القاضي عليه عند أبي حنيفة (أن التفاوت يقبل في المنافع فيجوز بالتراضي ،
ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازاً) أي يعتبر التهاؤ هذا إفرازاً أو تمييزاً ، هذا
جواب عما روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز (أما يكثر التفاوت في أعيانها) أي في
أعيان الدارين ، وهذا التركيب غير مرض عند النحاة على ما لا يخفى ، ولكن التقدير
أما التفاوت فيكثر في الأعيان فافهم (فاعتبر مبادلة) فلا يجري فيها الجبر ، بخلاف
الإفراز (وفي الدابتين لا يجوز التهاؤ على الركوب عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز
اعتباراً بقسمة الأعيان) فكما يجوز قسمة الدواب من جنس واحد رقبة ،
فكذا يجوز منفعة .

(وله) أي ولا يبي حنيفة (أن الإستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق)

وأخرق ، والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا . بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته ، والدابة تحملها . وأما التهايؤ في الإستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز . وجه الفرق أن النصيين يتعاقبان في الإستيفاء

أى فإن الراكبين بينهما هو حاذق بصنعة الركوب (وأخرق) أى وبين أخرق ، أى جاهل بها وهو أقبل من خرق يخرق من باب علم يعلم ، ويقال هو من باب فعل يفعل بالضم فيها ومصدره خرق بفتحين ، والأخرق ضد الرفيق ، والأخرق الاحق (والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف) أى الخلاف المذكور ، فعنده لا يجوز خلافاً لهما (لما قلنا) أشار به إلى قوله أن الإستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين .

(بخلاف العبد) أى بخلاف التهايؤ في خدمة العبد حيث يجوز (لأنه يخدم باختياره) ويسأله على سمط واحد (فلا يتحمل زيادة على طاقته) أى لأن يتكلف زيادة على ما يطيقه من العمل والخدمة ، فيتحقق الاعتدال في قسمتها (والدابة تحملها) على صيغة المجهول ، أى يحتمل الزيادة على طاقتها ، يعنى تكلف ويسأل عليها بغير ما في طاقتها والناس متفاوتون فلا يتحقق الاعتدال (وأما التهايؤ في الإستغلال) أى طلب الغلة (يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية) لأنه في الحقيقة تهايؤ من حيث المنفعة ، لأنه لا فرق بين أن يتهاياً سكتى ، ثم يؤاجرها فبأكل غلتها ، وبين أن يتهاياً في الغلة ابتداء .

وذكر محمد في الرقبات أنه لا يجوز التهايؤ في الغلة ، لأن الغلة إسم للدرهم وهي معدومة الحال ، وقسمة المعلوم قبل الوجود لا يجوز إذا كان مما يحتمل القسمة بعد الوجود ، بخلاف القسمة في المنفعة ، ولهذا لا تجوز القسمة في غلة واحدة ، كذا في شرح الكافي . (وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز) بلا خلاف .

(ووجه الفرق) يعنى بين جواز التهايؤ في الإستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة (أن النصيين يتعاقبان في الاستيفاء) أى نصيي الشريكين

والاعتدال ثابت في الحال ، والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في
الحيوانات لتوالي أسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت
الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر فيشتركان في الزيادة
ليتحقق التعديل ،

يتعاقبان ، يعني أحدهما يكون عقيب الآخر في استيفاء المنفعة (والاعتدال ثابت في
الحال) أى في الحال التي عليها الدار أو العبد (والظاهر بقاؤه في العقار) أى بقاء
الاعتدال في العقار (وتغيره في الحيوانات) أى والظاهر تغير الإعتدال في الحيوانات
(لتوالي أسباب التغير عليها) أى على الحيوانات من عروض الآفة والمرض والمعجز خصوصاً
عند لحوق التعب (فتفوت المعادلة) أى إذا كان كذلك تفوت المعادلة ، لان الإستغلال إنما
يكون بالاستعمال ، والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول ،
لأن القوى الجسمانية متناهية .

(ولو زادت الغلة) يعني في الدار الواحدة (في نوبة أحدهما عليها) أى على الغلة التي
يكون (في نوبة الآخر ويشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل) في المهايأة ، لان مبناها
على المعادلة كما في القسمة . وفي الذخيرة أغلت إحدى الدارين دون الأخرى ، وليس
للذي لم تغل داره أن يشارك الآخر في الغلة ، لان الذي أغلت إنما أغلت لنفسه دون
شريكة ، فلو أجراها بغير إذن شريكه كانت الغلة كذلك منادية له ، ويكون الغلة كائناً
له ، لان الإجارة حصلت بإذن الشريك ، وفي الدار الواحدة إذا تهايشا في الغلة فأغلت
في نوبة أحدهما أكثر فالفصل بينهما لأن معنى الإفراز في القسمة في الدارين أرجح على
معنى أن كل واحد يصل إلى المنفعة ، والغلة في الوقت الذي يصل إليه صاحبه مما يستوفيه
كل منهما عوض عن قديم ملكه استوجبه بمقده فيسلم له . وفي الدار الواحدة إذا تهايشا
في الاستغلال زماناً فأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها ، وذلك لا يكون
قضية للقسمة فيجعل كل منهما وكيلاً عن صاحبه في إجارة نصيب صاحبه وما يقبضه
كل واحد منهما يجعل عوضاً عما يقبضه صاحبه عن قديم ملكه استوجبه من عوض

بخلاف ما إذا كان التهاؤ على المنافع فاشتغل أحدهما في نوبته زيادة ، لأن التعديل فيما وقع عليه التهاؤ حاصل ، وهو المنافع فلا تضره زيادة الإستغلال من بعد ، والتهاؤ على الاستغلال في الدارين جائز أيضاً في ظاهر الرواية لما بينا ، ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه ، بخلاف الدار الواحدة . والفرق أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الإستيفاء ، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول

نصيبه ، والمعاوضة تقتضي المساواة ، فعند التوصل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا ، وبه قال الشافعي في قول .

(بخلاف ما إذا كان التهاؤ على المنافع فاشتغل أحدهما في نوبته زيادة) حيث لا يشتركان في الزيادة (لأن التعديل فيما وقع عليه التهاؤ حاصل ، وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد) أي من بعد حصول التعديل في التهاؤ في المنافع (والتهاؤ على الاستغلال في الدارين جائز أيضاً في ظاهر الرواية) احتراز به عن رواية الكيسانيات عن أبي حنيفة أنه لا يجوز كما ذكرنا (لما بينا) أشار به إلى قوله والإعتدال ثبت في الحال . . إلى آخره .

(ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه) أي في الفاضل في المسألة المذكورة (بخلاف الدار الواحدة) حيث يشتركان في الفاضل في غلة الدار الواحدة (والفرق) يعني من اشتراكهما في فضل الغلة في الدار الواحدة وبين عدم اشتراكهما في فضل الغلة في الدارين (أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء) يعني أن كل واحد منهما يصل إلى المنافع والغلة في الوقت الذي يصل إليه صاحبه ، فصار كأن على كل واحد إفراز جميع نصيبه من المنافع في الدار التي هي في يده ، والغلة التي يأخذها بدل المنافع التي ينشأ من نصيبه فيكون له خاصة ، وإن كثرت فلا يجب رد الزيادة .

(وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول) يعني يصل أحدهما إلى الغلة قبل صاحبه ،

فاعتبر قرضاً ، وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه ،
فلهذا يرد عليه حصته من الفضل ، وكذا يجوز في العبدین عندهما
اعتباراً بالتهايؤ في المنافع ، ولا يجوز عنده ، لأن التفاوت في
أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد ، فأولى أن
يمنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جواز ضرورة ولا ضرورة في الغلة

وذلك لا يكون إلا من قضية القسمة ، فان كان كذلك (فاعتبر قرضاً) أى اعتبر نصيب
صاحبه من الغلة قرضاً ويكون هو مستقرضاً (وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن
صاحبه) يقبض نصيبه من الغلة بطريق القرض لنفسه (فلهذا يرد عليه حصته من الفضل)
أى فلأجل كونه كالوكيل يرد على صاحبه حصة من فضل الغلة .

(وكذا يجوز في العبدین عندهما) أى وكذا يجوز التهايؤ في استغلال العبدین عند أبي
يوسف ومحمد ، وبه قالت الثلاثة (اعتباراً بالتهايؤ في المنافع) أى قياساً على التهايؤ في
المنافع في العبدین (ولا يجوز عنده) أى عند أبي حنيفة (لأن التفاوت في أعيان الرقيق
أكثر منه) أى من للتفاوت (من حيث الزمان في العبد الواحد) لأنه قد يكون في عبد
واحد كياسة وحداقة يجعل في شهر واحد من الغلة ما لا يجعل الآخر في سنته (فأولى أن
يمنع الجواز) أى جواز استغلال العبدین . تقريره أن التهايؤ في استغلال العبد الواحد
لا يجوز بالإتفاق ، ففي استغلال العبدین أولى أن لا يجوز .

فإن قلت معنى الإفراز والتمييز راجع في غلة العبدین ، لأن كل واحد فيهما يصل إلى
الغلة في الوقت الذي يصل إليها في صاحبه ، فكان كالمهاياة في الخدمة . قلت التفاوت
يمنع رجحان معنى الإفراز ، بخلاف معنى الخدمة لما بينا أن المنافع من حيث
الخدمة ، قلما تتفاوت .

(والتهايؤ في الخدمة جواز ضرورة) جواب عن قياس قولها على المنافع ، تقريره أن
المهاياة في الخدمة جوزت ضرورة ، لأن المنافع لا تبقى فيتمتع قسمتها على ما يفسرها
المصنف عن قريب (ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عيناً) فيستغلان على

لإمكان قسمتها لكونها عيناً . ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان . ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما . والوجه ما بيناه في الركوب . ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايتا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها

طريق الشركة ثم يقسمان ما حصل من الفلة . ولقائل أن يقول علل التهاؤ في المنافع بقوله من قبل ، لأن المنافع من حيث الخدمة فلا تتفاوت ، وعلة ما هنا بضرورة تعذر القسمة ، وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص ، وهو باطل . ويمكن أن يحاب عنه بأن المذكور من قبل ثمة هذا التعليل كان علة جواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعاً ، لأن كل واحد منها علة مستقلة .

وقال الكاكي قوله والتهاؤ في الخدمة جواز ضرورة جوامع اشكال يرد عليه قوله ، لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر إلى آخره . فإن قيل لو كان كذلك لما جاز في الاستخدام وحيث يجوز التهاؤ في الاستخدام العبد الواحد بالاتفاق في جميع التفاوت في العبدین على الأصح على ما مر فقال في جوابه ، والتهاؤ في الخدمة جواز ضرورته إلى آخره . وما ذكرناه أصوب على ما لا يخفى كما ذكره ، كذا تحقق تاج الشريعة ، وقبعه صاحب العناية .

(ولأن الظاهر) وجه آخر لإبطال القياس بيانه أن الظاهر (هو التسامح في الخدمة والاستقصاء) يعني المتضايقة (في الاستغلال فلا يتقاسان) يعني ولا يقاس أحدهما على الآخر (ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما) أي لا يجوز التهاؤ على الاستغلال في الدابتين عند أبي حنيفة ، خلافاً لأبي يوسف ومحمد (والوجه ما بيناه في الركوب) أي الوجه في هذه المسألة ما بيناه في الركوب ، وهو قوله اعتباراً لقسمة الأعيان .

(ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايتا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها) أي يأخذ ثمرها غداء في النخل والشجر (أو يرعاها ويشرب ألبانها) في الغنم ونحوها

لا يجوز ، لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى ، فيتعذر قسمتها ، وهذه أعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها .
والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته
أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه إذ قرض
المشاع جائز ، والله أعلم بالصواب

كالإبل والبقر (لا يجوز ، لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها ،
وهذه أعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها) فلا يتحقق الفرز ، فلا يجوز .
وإن قيل يشكل بما إذا تهاينا في ألبن جارتين مشتركين بينها على أن ترضع هذه
ابن هذا ، والأخرى ابن الآخر سنتين حيث لا يجوز ذكره في الذخيرة ، مع أن اللب عين .
وأجيب بأن ألبن بني آدم بمنزلة المنافع ، لأنها لا قيمة لها إلا عند المقد بطريق التبعية
فتحقق الضرورة كما في الخدمة . أما ألبن الحيوانات أعيان ولها قيمة بلا عقد ، فلا تجوز
المهايأة فيها . وفي الذخيرة أمة بين رجلين خاف كل صاحبه عليها فقال أحدهما عندك يوماً
وعندي يوم . وقال الآخر بل نضعها على يد عدل يحمل عند كل واحد منهما يوماً ولا
توضع عند يد عدل ، قال مشايخنا يحتاط في باب الفروج في جميع المواضع إلا في هذا ،
فإنه لا يحتاج لحشمة ملكه .

(والحيلة) هذا قول المصنف أي الحيلة في جواز التهايو في الصورة المذكورة (أنه
يبيع حصته من الآخر) أي يبيع حصته من الشجر أو الغنم من الشريك الآخر (ثم يشتري
كلها بعد مضي نوبته) أي ثم أن يشتري كل الشجر أو الغنم فيجعل لكل واحد منهما ما
تناوله لأنه حصل الثمر أو اللب على ملك المشتري (أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً
لنصيب صاحبه) من الحليب كل يوم إلى مدة معلومة إذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن
مثل تلك المدة بعضه من نصيب نفقه في هذه المدة وبعضه مما اقترضه في المدة الماضية ،
ولكن ينبغي أن يزن اللب أو بكياله في المدة حتى يتحقق المساواة في الاستيفاء ولا يكون
الربا لأن اللب يزيد وينقص في المدة وكذا المهايأة .

(إذ قرض المشاع جائز) تعليل الوجه الثاني . وقال في قسم المسائل في المبسوط

تھايتا في اغانام بينها على أن يكون نصفها عند هذا ، والنصف عند الآخر يعلق ويشرب لبنها لا يجوز ، لأن اللبن بينها ، والعلق عليها فيكون كل واحد مشترياً نصف لبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه ، واللبن يزيد وينقص والعلق مثله فلا يجوز . وفي الفتاوى الصغرى بقرة بين اثنين تواضعا على أن يكون عند كل واحد منها خمسة عشر يوماً يحلب لبناً، فهذه مهايأه باطلة ولا يحل فضل اللبن لأحدهما وإن جملاً في حل أن يسلك صاحب الفضل فضله ثم جعله صاحبه في حل فحينئذ يحل ، لأن الأول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز ، والثاني هبة الدين وإنه يجوز ، وإن كان مشاعاً ونقله عن قسمة الواقعات (والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب) .

كتاب المزارعة

قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والرابع باطلة .

(مكتاب المزارعة)

قال الشراح لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع مايقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدما . قلت لما ذكر في القسمة كيفيتها في الأراضي ذكر عقبها ما هو المقصود الأعظم من الأرض وهي المزارعة .

(قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه المزارعة بالثلث والرابع باطل) هذا لفظ القدوري ، وبه قال الشافعي ومالك . وفي الحلية لايجوز المزارعة على بياض أرض الشجر فيها والمزارعة والمخابرة ، وبه قال أبو حنيفة وهو قول مجاهد والنخعي وعكرمة وابن عباس في رواية . ومن أصحابنا من قال المزارعة غير المخابرة ، فالمخابرة أن يكون من رب الأرض ومن الآخر البذر والعمل . والمزارعة أن يكون الأرض والبذر من واحد والعمل من آخر . وفي السنن يجوز المزارعة على الأرض التي بين النخيل المساقاة على النخيل ومزارعة على الأرض . فيكون البذر من صاحب الأرض تبعاً للمساقاة .

وقيل إن كان النخيل قليلاً والبياض كثيراً لم يجز . وفي النهاية وكذا المعاملة لا يجوز عند أبي حنيفة ببعض الخارج ، وعند مالك لا يجوز دفع الأرض مزارعة إلا تبعاً للكروم والاستبجار . وشرط التبعية عنده أن يكون الأصل ضعف التبع لأنّه تحقق التبعية ، كذا في المختلف . وقال الشافعي يجوز المزارعة تبعاً للمساقاة على الأرض التي بين النخيل ، ولا يجوز مفردة ، ولا يجوز حق يكون من رب الأرض البذر والعذر ، ومن المعاملة العمل ، كذا في شرح الأقطع . وقال الحربي من أصحاب أحمد في مختصره ويجوز المساقاة في النخل والكرم والشجر بشيء معلوم يجعل للعامل من الثمرة . ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم .

إعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع ،

ويجوز المزارعة ببعض الخارج من الأرض إن كان البذر من رب الأرض ، انتهى .
وإنما قيد بالثلث والربع مع أنها لا تجوز عند أبي حنيفة في جميع الصور تبركاً بلفظ الحديث ، وإنه جاء في الحديث نهى عن المخابرة . قيل وما المخابرة قال بالثلث والربع ،
وخص بالحديث ذلك المكان في ذلك الوقت إذ قال ذلك لبيان التقدير إذ تغير بيان التقدير المزارعة فاسدة بالإجماع . وذكر الخصاص في كتاب الحيل الحيلة في جواز المزارعة على مذهب أبي حنيفة فقال الحيلة في جواز المزارعة أن يأخذها زارعة ثم يتنازعا إلى قاض يرى المزارعة جائزة فيحكم يحوزها عليها فيجوز ذلك إذا قضى قاض عليها بأبعاد هذه المزارعة فيجوز إقرارهما بالمزارعة عليهما ، انتهى .

وقال الإمام الأسبيجاني في شرح الطحاوي ثم الحيلة لأبي حنيفة في جواز المعاملة والمزارعة أن يستأجر العامل بأجرة معلومة إلى مدة ، فإذا انقضت تلك المدة استوجب الأجرة سواء حصل هناك خارج أو لم يحصل ، ثم يتراضيا على بعض الخارج مكان الأجرة فيجوز ذلك ، فكذلك هنا في المزارعة .

(إعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع) قد علم أن باب المفاعلة للمشاركة بين اثنين للمنازعة والمخاصمة . وقال ابن الحاجب وفاعل يشبه أصله إلى أحد أمرين متعلقاً بالآخر للمشاركة صريحاً فيجىء العكس ضمناً نحو ضاربه وشاركه ، فإن ذلك يدل صريحاً على نسبة الضرب إلى نفسك متعلقاً بالآخر ، وضمناً على نسبته إلى الآخر متعلقاً بك ، ولأجل ذلك جاء غير المتعدي إذا نقل ذلك إلى هذا الباب متعدياً نحو لازمة فإن أصله لازم ، وقد تعدى هاهنا .

وقوله من الزرع يسير به إلى ثلاثية زرع يزرع زرعاً ، يقال زرع أهله الحب إن أنبتته ومنه قوله سبحانه وتعالى ﴿ أفرايت ما تحرثون ، وأنتم تزرعون أم نحن الزارعون ﴾ ٦٣ الواقعة ، وقولهم زرع الزراع الأرض بمعنى حرثها ، وذلك أن يسندوها للزراعة من إسناد الفعل إلى السبب فجاز ، والزرع مما يستنبط بالبذر . والمزارعة مفاعلة منه وهي معاقدة بين اثنين ، وذلك أن يدفع الأرض إلى من يزرعها على أن الخارج منها بينهما على

وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند
أبي حنيفة «رح» . وقالوا جائزة لما روي أن النبي عليه السلام
عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ،

ما شرطاً ، وكذا معناها الشرعي ، أشار إليه بقوله :

(وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج) يعني هي عقد على الزراعة ببعض
ما يخرج من الأرض نحو الثلث والربع (وهي فاسدة عند أبي حنيفة) أي الزراعة
فاسدة عنده وقد ذكرناه .

(وقالوا جائزة) أي قال أبو يوسف ومحمد جائزة ، وبه قال أحمد إذا كان البذر من
صاحب الأرض وكثير من أهل العلم ، وهو قول علي وسعد بن مسعود . وقال أبو بكر
وعلي وعمر بن عبد العزيز وابن سيرين وابن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود
وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه محمد ومعاذ والحسن وعبد
الرحمن بن يزيد رضي الله تعالى عنهم (لما روي أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على
نصف ما يخرج من ثمر أو زرع) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن
ابن عمر رضي الله تعالى عنها أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها
من ثمر أو زرع . وفي لفظ لما فتحت خيبر سأل اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم على
أن يعملوا على نصف ما يخرج منها من الثمر والزرع ، فقال رسول الله ﷺ نقركم فيها
على ذلك ما شئنا ، ذكره البخاري في مواضع من كتابه ومسلم وأبو داود في البيوع
والترمذي وابن ماجه في الأحكام .

وقال البخاري في الصحيح قال قيس بن مسلم على أبي جعفر قال ما بالمدينة أهل
بيت هجرة إلا ويزرعون على الثلث والربع ، وبالزرع قال علي وسعيد بن مالك وعبد
الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين .
وقال عبد الرحمن بن الأسود كنت أشارك عبد الرحمن بن يزيد في الزرع . وعامل عمر
الناس على أن من جاء بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم هكذا ، وقال
الحسن لا بأس أن تكون الأرض لأحدهما فيقمان جميعاً في خراج فهو بينهما ، وروي ذلك

ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً بالمضاربة ،
والجامع دفع الحاجة فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل والقوى عليه
لا يجد المال ، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما ، بخلاف
دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد

عن الزهري ، وقال الحسن لا بأس أن يعطى القطن على النصف .
وقال ابراهيم وابن سيرين وعطاء والحاكم والزهري وقتادة لا بأس بأن يعطى بالثلث
والربع ونحوه حدثني ابراهيم بن المنذر وقال حدثنا أنس بن عياض عن عبيد الله بن نافع
أن عبد الله بن عمر أخبره أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج فيها من
زرع أو ثمر ، وكان يعطي أزواجه مائة وستة وثلاثون وستة وعشرون وستة عشر ، إلى
هنا لفظ البخاري .

وقال أيضاً فيه حدثنا علي بن عبد الله قال حدثنا سفيان قال عمرو قلت لطاؤوس لو
تركت المخابرة فانهم يرون أن النبي ﷺ نهى عنه ، قال أبو عمر وفاء في أعظمهم وأعنيهم
فان أعلمهم أخبرني ، يعني ابن عباس ، أن النبي ﷺ لم ينه عن ذلك ، ولكن قال أن
يمسح أحدكم أخاه خيراً له من أن يأخذ خرجاً معلوماً .

(ولأنه) أي ولأن عقد المزارعة (عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً
بالمضاربة) فإنها أيضاً عقد شركة بين المال والعمل من المضارب (والجامع) أي وجه
القياس على المضارب (دفع الحاجة ، فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل) أي إلى عمل
المزارعة فعدم يدرية بذلك (والقوى عليه) بالنصب ، أي وأن القوى على العمل ، أي
عمل المزارعة (لا يجد المال) لفقره وعدم إعطاء الناس له (فمست الحاجة إلى انعقاد هذا
العقد بينهما) أي إذا كان الأمر كذلك فقد دعت للضرورة إلى جواز انعقاد عقد المزارعة
بين صاحب المال العاجز عن العمل والفقير القادر على العمل .

(بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد) من حيث لا يحوز ،
وانتصاب معاملة على الحال من الرفع ، وأراد بالزوائد الأولاد في الغنم ، والأفراخ في

لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روي أنه
عليه السلام نهى عن المخاربة وهي المزارعة ،

للدجاج ، والإبريسم في دود القز . وفي العباب القز من الإبريسم معرب ، لأنه قال الكاكي
الزوائد على تأويل الزائد . قلت لا حاجة إلى هذا النفي ، بل الضمير فيه للشأن (لأنه)
أي لأن الشأن (لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) أي في تحصيل الزوائد ، أي لا أثر لعمل
الراعي والحافظ في حضور تلك الزوائد ، وإنما هي تحصل بالسقي والرعي ، والحيوان
يباشرها باختياره فيضاف ، لأنه فعل فاعل مختار ، ولا يضاف إلى غيره (فلم يتحقق
شركة) أي إذا كان كذلك فلا تتحقق الشركة بين الرافع والمرفوع ، فلا يجوز . بخلاف
المضاربة ، لأن للعمل أثر في الربح فلا يحصل بالضرب في الأرض .

(وله) أي لأبي حنيفة (ما روي أنه عليه السلام نهى عن المخاربة وهي المزارعة) هذا
الحديث رواه جابر ورافع بن خديج وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم . أما حديث
جابر فأخرجه مسلم عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله ﷺ
عن المخاربة والمحاكلة والمزابنة . قال عطاء فسرهما لنا جابر قال ما المخاربة قال الأرض البيضاء
يدفعها الرجل إلى الرجل فينتفق فيها ، ثم يأخذ من الثمر والمحاكلة بيع الزرع القائم بالحلب
كيلا ، والمزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا . وأخرجه الطحاوي أيضاً وقال
حدثنا فهذا قال حدثنا ابن أبي مريم حدثنا محمد بن مسلم الطائفي أخبرني إبراهيم بن ميسرة
أخبرني عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله ﷺ عن المخاربة
والمزابنة والمحاكلة ، والمخاربة على الثلث والربع والنصف . والمزابنة بيع الرطب في رؤوس
النخل بالتمر وبيع العنب في الشجر بالزبيب . والمحاكلة بيع الزرع قائماً على أصوله بالطعام ،
كذا فسر الطحاوي .

وفي الفائق المخاربة هي المزارعة على الحرة وهي النصف ، وقال أبو عبيد في غريب
الحديث المخاربة هي المضاربة بالنصف والثلث والربع وأقل من ذلك وأكثر وهو الخير
أيضاً . ثم قال وكان أبو عبيد يقول إنما سمى الأكار الخبير لأنه جابر الأرض ، والمؤاكدة
وهي المخاربة ، وقال ولهذا سمى الأكار ، لأنه لو أكر . وقال في مختصر الأسرار قال ابن

ولأنه استتجار ببعض ما يخرج من عمله ، فيكون في معنى قفيز الطحان . ولأن الأجر مجهول أو معدوم ، وكل ذلك مفسد ، ومعاملة النبي عليه السلام أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح ، وهو جائز

الأعرابي المخابرة مشتقة من معاملة رسول الله ﷺ أهل خير ثم صارت لغة مستعملة .
وأما حديث رافع بن خديج فأخرجه مسلم أيضاً عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً ، حتى زعم رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عنه فتركناه .

وأما حديث زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه فأخرجه أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثنا عمر بن أيوب عن جعفر بن يرقان عن ثابت بن حجاج عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة ، قلت وأما المخابرة فهي أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع ، رواه أبو داود في سننه .

(ولأنه) أي ولأن عقد المزارعة (استتجار ببعض ما يخرج من عمله) بدليل أنه لا يصح بدون ذكر المدة ، وذلك من خصائص الإجارة (فيكون في معنى قفيز الطحان) وقد نهى ﷺ عن قفيز الطحان ، وقد مر تحقيقه في كتاب الإجارة . وصورته أن يستأجر رجلاً ليطحن له كراً من حنطة بقفيز من دقيقها .

(ولأن الأجر مجهول) على تقدير وجود الخارج لعدم العلم بأن الثلث أو الربع يتقدر من الاقفة عشرة أو أقل أو أكثر (أو معدوم) على تقدير أن لا يخرج من الأرض شيء أو أصابته آفة (وكل مفسد) أي كل واحد من العلتين مفسد للإجارة (ومعاملة النبي ﷺ أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) هذا جواب عما استدلا به من حديث خبير ، وتقديره أنها لم تكن بطريق المزارعة والمساواة ، بل كانت بطريق الخراج على وجه المن عليهم والصلح ، لأن النبي ﷺ ملكها غنيمة ، فلو كان أخذها كلها جاز وتركها في أيديهم بشرط ما يخرج منها فضلاً ، وكان ذلك خراج مقاسمة ، وهو

جائز كخراج التوظيف ولا نزاع فيه ، وإنما النزاع في جواز المزارعة والمعاملة وخراج المقاسمة أن يوطن الإمام في الخارج شيئاً مقدار عشر أو ثلثاً أو رباعاً ويشترك الأراضي على ملكهم منا عليهم ، فإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء عليهم ، وهذا تأويل صحيح لم ينقل عن أحد من الرواة أنه يضرب في رقابهم أو رقاب أولادهم .

وقال أبو بكر الرازي في شرحه المختصر الطحاوي ، وما يدل على أن ما شرط من نصف التمر والزرع ، وكان على وجه الجزية أنه لم يرد في شيء من الأخبار أن النبي ﷺ أخذ منهم الجزية إلى أن مات ولا أبو بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما إلا بأن أخذاهم ولو لم يكن ذلك الأخذ حين نزلت آية الجزية والخراج الموظف أن يحمل الإمام في ذمتهم بمقابلة الأراضي شيئاً من كل جريب يصلح للزراعة صاعاً ودرهماً على ما عرف في كتاب السير .

فإن قلت روي أن رسول الله ﷺ قسم أراضي خيبر على ستة وثلاثين سهماً ، وهذا يدل على إنها ما كانت خراج مقاسمة . قلت إنه يجوز أنه ﷺ قسم خراج الأرض بأن جعل خراج هذه الأرض لفلان ، وخراج هذه لفلان . قلت روي أن عمر رضي الله تعالى عنه أجلى أهل خيبر ولم يعطهم قسمة الأرض ، فيدل ذلك على عدم الملك . قلت أجاز أنه ما أعطاهم زمان الإجماع ، وأعطاهم بعد ذلك .

فإن قلت قال ابن قدامة في المغني أحاديث رافع مضطربة تارة يحدث عن بعض عمومته ، ومرة عن سماعة ، وتارة يقول بقوله أخبرني عماد ، فإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب طرحها ، ويعمل بالحديث الوارد في شأن خيبر ، ولأن حديثه فسر بما لا يختلف في فساد ، فإنه قال كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه ، فربما خرجت هذه ولم تخرج هذه ، فنها عن ذلك ، فأما الذهب والورق فلم ينهنا ، متفق عليه ، وفي لفظه فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس ، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل ولا تعارض . ولأن خبره ورد في الكرى بالثلث أو بالربع والنزاع في المزارعة وحديثه الذي فيه المزارعة يحيل على الكرى أيضاً ، لأن قضية واحدة رويت باللفاظ مختلفة فيجب تفسيره بما يوافق الآخر .

وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض كريبها ولم يخرج شيء فله أجر
مثله ، لأنه في معنى إجارة فاسدة ،

ولأنه لو صح خبره وامتنع تأويله وتعدر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ . وحديث
خير منسوخ القول نحوه لأنه عمل به الخلفاء الراشدون رضى الله تعالى عنهم بعد النبي
ﷺ ولا نسخ بعده .

وأما حديث جابر في النهي عن المخابرة يجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها
خبر رافع ، فإنه روى حديث خير عنه فيجب الجمع بين حديثه ، ثم لو حمل على المزارعة
لكان منسوخاً بقصة بخير . وكذا القول في حديث زيد بن ثابت . ولو قال أصحاب
الشافعي يحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخل ، وأحاديث النبي على الأرض البيضاء
جمعاً بينهما . قلنا هذا بعيد ، لأن خراج خير أربعون ألف وسق فينبغي أن يكون بلدة
كبيرة ، والرواة رووا القصة على العموم من غير تفصيل ، ولأن ما ذكره يفضي إلى
تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لاحدهما .

قلت ما ذكره غير مسلم لما ذكرنا أن حديث خير لا يدل على جواز عقد المزارعة ،
وذلك بطريق الجزية أو خراج المقاسمة . وقوله أن حديث رافع مضطرب غير قوي ،
لأن الحديث بالإضطراب في ألفاظه يقول مرة كذا ومرة كذا لا يرد . وما قال من النسخ
غير صحيح ، لأن النسخ نقيض المعارضة . وحديث خير لا يدل على المزارعة ، فكيف
التعارض . وقوله خارج عن محل الخلاف غير صحيح ، لأن الخلاف في النهي لا في
الكري ... شيء معلوم . وفي الجملة جواب كلامه أن حديث خير لا يدل على جواز
المزارعة لما ذكرنا ، وإنما أوله أصحاب الشافعي على تقدير التسليم لما أن النهي جاء في
المزارعة بلفظها صريحاً .

(وإذا فسدت عنده) أي إذا فسد عقد المزارعة عند أبي حنيفة (فإن سقى الأرض
كريباً) هذا بيان حكم الفساد فكذلك ذكره بالفاء ، يقال كرب الأرض إذا قلبها للحرث
والمصدر كرب بالكسر (ولم يخرج شيء فله أجر مثله ، لأنه في معنى إجارة فاسدة) أي
لأن عقد المزارعة ، وفي شرح الطحاوي قلنا لم يخرج عنده كان الخراج كله لصاحب البذر ، فإن كان

وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض ، وإن كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض ، والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه ، وللآخر الأجر كما فصلنا ، إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها . والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع

البذر من قبل رب الأرض فالخارج كله له ، ويطيب له ويتصدق به ، لأن ذلك كله إنما ملك ويحب عليه أجر مثل المزارع ، أشار إليه بقوله (وهذا) أي الحكم المذكور (إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض) .

(وإن كان البذر من قبله) أي من قبل المزارع (فعليه) أي على المزارع (أجر مثل الأرض ، والخارج في الوجهين) يعني في الوجه الذي كان البذر من قبل صاحب الأرض ، وفي الوجه الثاني كانت من قبل المزارع (لصاحب البذر لأنه نماء ملكه) أي ملك صاحب البذر (وللآخر الأجر) أي أجر المثل ، والآخر هو رب الأرض أو المزارع (كما فصلنا) أشار به إلى قوله إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض ... الخ ، وأما قولهما فإن حصل شيء من الخارج يكون بينهما على الشرط ، وإن لم يحصل فلا شيء على رب الأرض وعلى المزارع ، ولا يلزم ما لو غصب البذر يكون بينهما على الشرط ، وزرع الخارج للمزارع لا لصاحب البذر ، لأنه نماء ملكه ، لأن الغاصب هنا عامل لنفسه باحتكاره وكسبه ، فإضافة الحارث وهو الخارج إلى عمله أولى . أما هاهنا فالعامل عامل لغيره بأمره ، فيجعل العمل مضافاً إلى الأمر ، فبقي البذر أصلاً . وكما لو وقع البذر بنفسه ونبت كذا في الإيضاح .

(إلا أن الفتوى على قولهما) أي لكن الفتوى على قولهما أي أبو يوسف ومحمد (لحاجة الناس إليهما) أي إلى المزارعة (ولظهور تعامل الأمة بها) أي بالمزارعة من لدن زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكبير (والقياس يترك بالتعامل) أي بتعامل الناس (كما في الاستصناع) أي كما ترك القياس في الاستصناع لتعامل الناس به .

ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروطاً ، أحدها : كون الأرض صالحة للزراعة ، لأن المقصود لا يحصل دونها . والثاني : أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد ، وهو لا يختص لأن عقداً ما لا يصح إلا من الأهل . والثالث : بيان المدة ، لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل ، والمدة هي الميعار لها لتعلم بها .

فإن قلت إنما يترك القياس بالتعامل إذا لم يكن في المسألة اختلاف في الصدر الاول ، وما هنا قد اختلف الصحابة رضي الله تعالى عنهم . قلت الاصح إنعقاد الاجتماع مع سبق الاختلاف ، فكان جريان التعامل بعد ذلك إجماعاً على جوازه . وأيضاً إن الاختلاف ما كان لاجل فساد المزارعة . وقدروي عن الطحاوي عن زيد بن ثابت أنه قال يغفر الله لرافع ابن خديج أبا والله أعلم بالحديث منه . وإنما جاء رجلاً من الانصار إلى النبي ﷺ قد اختلفا ، فقال ﷺ إن كان هذا شأنكم فلا تكمروا الأرض ، فعمل أن الكراهية لنفي الشر بينهم ، وكان الطحاوي يرجح قولها ، وكذا أكثر أصحاب الحديث .

(ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروطاً ، أحدها : كون الأرض صالحة للزراعة ، لأن المقصود) وهو الإنتفاع (لا يحصل بدونها) أي دون كون الأرض صالحة . (والثاني :) أي والشرط الثاني (أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد) بأن يكون بالغا عاقلاً قادراً على التصرفات (وهو) أي هذا الشرط (لا يختص به) أي بعقد المزارعة وحدها (لأن عقداً ما لا يصح إلا من الأهل) أي لأن أي عقد كان لا يصح إلا من يكون أهلاً .

(والثالث :) أي والشرط الثالث (بيان المدة ، لأنه عقد على منافع الأرض) إن كان ، ثم إنه ذكر بيان البذر من جانب العامل (أو منافع للعامل) إن كان البذر من جانب الأرض (والمدة هي الميعار لها) أي للمنافع (لتعلم بها) المدة مطلقاً ، ولم يبين مقداره . ولا شك أن المدة القليلة التي لا تصلح للزراعة لا تصلح لعدم الفائدة ولا مدة طويلة يقسمان إليها كانت بمنزلة التأبيد ، فلا يصح أيضاً ، ولا بد من ذكر مقدار المدة .

والرابع : بيان من عليه البذر قطعاً للمنازعة وإعلاماً للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل .

وفي الذخيرة ومن الشرائط بيان المدة ، يقول إلى سنة أو سنتين وما أشبه . ولو بين مدة لا يدرك الزرع فيها تفسد المزارعة . وكذا لو بين مدة لا يعيش أحدهما إليها غالباً تفسد أيضاً .

وذكر أبو علي النسفي أن مشايخنا قالوا في الإجارة الرسمية التي تمعد إلى ثلاثين سنة إن كان يتوهم حياة العاقدين إليها غالباً بأن كانا كبيرين أو أحدهما لم تجز ، لأن الغالب كالمتيقن كما في المعقود يحكم بموت أقرانه بحسب الغالب وإن كان في قدرة الله سبحانه وتعالى أن يعيش إلى آخر الدهر . وقال الخصاف وبعض المشايخ أجاز ذلك كما في النكاح إذا بنى مدة سنة ، ولا يصح ذلك في ظاهر الرواية ، ويجعل ذلك بمنزلة نكاح مؤقت . وعن محمد ابن سلمة أن المزارعة تصح بلا بيان المدة ، ويقع على زرع واحد ، واختاره أبو الليث ، وبه قال أبو ثور . وعن أحمد لا يجوز بلا بيان المدة ، لأنها عقد جائز غير لازم . وعند أكثر الفقهاء لازم .

وفي النوازل سئل أبو نصر محمد بن سلام عن رجل دفع أرضاً مزارعة ولم يعين لها وقتاً ، قال على مذهب علمائنا الكوفيين المزارعة فاسدة . وفي قول محمد بن سلمة الإجارة جائزة ، وهو على أول السنه . قال الفقيه وبه نأخذ ، وإنما قال على مذهب علمائنا الكوفيين لأن وقت المزارعة عندم متفاوت ، فابتداءؤه وانتهاءه مجهول وقت العامل وأجاز المعاملة على أول سنة ، ولم تجز المزارعة . فأما في بلادنا فوقت المزارعة معلوم ، فيجوز وإن لم يوقت كما يجوز المعاملة ، إلى هنا لفظ النوازل .

(والرابع) أي والشرط الرابع (بيان من عليه البذر قطعاً للمنازعة) لأن المعقود عليه يختلف باختلافه (وإعلاماً للمعقود عليه) لأن جهالته تقضي إلى المنازعة (وهو) أي المعقود عليه (منافع الأرض أو منافع العامل) أي إن كان البذر من قبل صاحب الأرض ، ففي الأول العامل مستأجر للأرض ، وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل ، فلا بد من بيان ذلك بالإعلام . وهذا إذا لم يذكر لفظاً يدل على أن البذر من قبل من هو . أما إذا

والخامس : بيان نصيب من لا بذر من قبله ، لأنه يستحقه عوضاً بالشرط ، فلا بد أن يكون معلوماً ، وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد . والسادس : أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لقوات التخلية .

ذكر لفظاً يدل عليه فذلك يكفي ذكر ابن رستم عن محمد بن قال لغيره أجرتك أرضي هذه السنة بالنصف ، أو قال بالثلث جاز والبذر على المزارع ، لأن الأجرة تكون على المزارع المستأجر ، فهذا بيان أن البذر على المزارع .

ولو قال أجرتك لتزرع أرضي هذه بالثلث جاز والبذر على رب الأرض . وأما إذا قال دفعت أرضي إليك مزارعة بالثلث لا يحوز ، إذ ليس فيه بيان من عليه البذر عن بعض مشايخ بلخ ، بيان من عليه البذر . وإنما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر لا يشترط . بيانه أن البذر على من ، أما إذا كان المرف مشتركاً أو في موضع فيه عرف ظاهر لا يشترط بيانه ، لأن المعروف كالمشروط ، كذا في الذخيرة . وعند أحمد والشافعي إذا كان البذر من رب الأرض تصح المزارعة ، وإن كان من جهة العامل تفسد ولا يحتاج لصحته إلى بيان من عليه البذر . وعن أحمد يحوز أن يكون البذر منهما ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وطائفة من أهل الحديث رحمهم الله . وفي المغني لابن قدامة هو الصحيح ، لأنه ^{عليه السلام} عامل أهل خيبر على أن يعملوها من أقواتهم ، فظاهره أن البذر من أهل خيبر ، والأصل المول عليه في صحة المزارعة هذا الحديث .

(والخامس :) أي والشرط الخامس (بيان نصيب من لا بذر من قبله ، لأنه يستحقه عوضاً بالشرط ، فلا بد أن يكون معلوماً ، وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد) أي والذي لا شيء لا يستحق حال كونه شرطاً بالعقد .

(والسادس :) أي والشرط السادس (أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل ، حتى إذا شرط عمله العامل ^(١) الأرض يفسد العقد لقوات التخلية) وهذا ظاهر ، وكذا يشترط

(١) حتى لو شرط عمل رب الأرض - هامش .

والسابع : الشركة في الخارج بعد حصوله ، لأنه ينقذ شركة في الإلتناء ، فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد . والثامن : بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوماً . قال وهي عندهما

أن يخلي رب التخييل بينه وبين العامل ، حتى إذا شرط عمله مع العامل لا يجوز .
(والسابع :) أي والشرط السابع (الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينقذ شركة في الإلتناء) المراد منه أن يشترط العاقدان زمان العقد أن يكون جميع الخارج بينهما إذا حصل ، وليس المراد منه حصول حقيقة الشركة في الخارج حين العقد ، لأن ذلك لا يكون إلا بعد الخروج ، فلا يكون شرطاً ، لأن شرط الشيء لا بد أن يكون سابقاً عليه لتوقفه عليه لا متأخراً (فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) لأنه إذا شرط بها ما يقطع الشركة في الخارج يبقى إجارة محضة ، والقياس بأن الجواب الإجارة المحضة بأجر معلوم . وعن هذا قلنا إذا شرط صاحب البذر أن يرفع بذره من الخارج ، والباقي بينهما تقصد المزارعة بلا خلاف . وشرط صاحب البذر قدر العشر من الخارج والباقي بينهما تصح المزارعة ، لأن هذا الشرط لا يقطع الشركة في الخارج ، وإن قد يكون له عشر وهو الحيلة لصاحب البذر إذا أراد أن يصل إليه أن يشترط قدر البذر باسم العشر أو الثلث أو ما أشبه ذلك ، والباقي بينهما .

(والثامن :) أي والشرط الثامن (بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوماً) قال شيخ الإسلام هذا قياس . وفي الإستحسان ليس بشرط ، وفوض الأمر إلى المزارع ، وقال في موضع آخر بيان جنس البذر شرط من غير ذكر قياس واستحسان ، وهذا أقرب إلى للصواب ، إلا إذا أعم بأن قال ما بذلك مكان البذر من جهة العادل . أو قال ما بدا لي وكان البذر من رب الأرض وإن لم يكن شيء من ذلك فسدت المزارعة . ولو زرعها مع الفساد ينقلب العقد جائزاً ، لأن جنس البذر صار معلوماً ، كذا في الذخيرة . وقوله ليصير الأجر معلوماً لأن الأجر بعض الخارج ، وأعلام جنس البذر شرط .

(قال) أي القدوري في مختصره (وهي عندهما) أي المزارعة عند أبي يوسف وعبد

على أربعة أوجه، إن كانت الأرض والبذر لواحد، والبقر والعمل
لواحد جازت المزارعة، لأن البقر آلة العمل، فصار كما إذا استأجر
خياطاً ليخيط يابرة الخياط، وإن كانت الأرض لواحد والعمل
والبقر والبذر لواحد جازت، لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم
من الخارج، فيجوز، كما إذا استأجرها بدراهم معلومة.

« رح » (على أربعة أوجه إن كانت الأرض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت
المزارعة) هذا الإنحصار على رواية القدوري وهو بالإستقراء ، لان قيام المزارعة على
أربعة أشياء وهي الأرض والبذر والبقر والعمل وهو أمر محسوس ، ويعلم منه وجه
الإنحصار . وأما إذا كانت الأرض مشتركة أو البذر أو البقر مشتركا بينها ، فوجوهها
كثيرة على ما بينها إن شاء الله تعالى الاول من الاربعة أن تكون الأرض والبذر الواحد
والبقر والعمل الآخر جازت (لان البقر آلة العمل) وصاحب الأرض مستأجر للعامل
والبقر آلة له ، فيكون تبعا فلا يكون الآخر بمقابلة البقر .

فإن قلت أما قوله وهي عندهما على أربعة أوجه إن كان بيان الزراعة الصحيحة فلا
يقسم ، لأنها على ثلاثة أوجه ، وإن كان بيان المزارعة الفاسدة فلا يستقيم أيضاً . قلت
المراد المزارعة المستعملة بين الناس وهي أربعة أوجه .

(فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط يابرة الخياط) أي صار حكم هذا الوجه كحكم
من استأجر رجلاً خياطاً ليخيط ثوبه يابرة الخياط ، لان الإبرة آلة للعمل ، وكذا إذا
استأجر صباغاً لصبغ الثوب بصبغ نفسه

(وإن كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) أي المزارعة ، هذا
هو الوجه الثاني (لانه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز) أي لان هذا
الوجه استئجار الأرض ببعض معلوم ، لان رب البذر استأجر الأرض يجره معلوم من
الخارج (كما إذا استأجرها بدراهم معلومة) أو دنائير معلومة صحت ، فكنا إذا استأجرها
يجره مسمى من الخارج .

وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد ، والعمل من الآخر جازت ، لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر ، فصار كما إذا استأجر خياطاً لينحيط ثوبه بإبرته ، أو طياناً ليطين بمرة وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة ، وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف « رح » أنه يجوز أيضاً ، لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز . فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل . وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض قوة في طبعها

(وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر جازت) أي المزارعة ، وهذا هو الوجه الثالث (لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر) أي لأن صاحب البذر والبقر والأرض استأجر الآخر بآلة نفسه (فصار كما إذا استأجر خياطاً لينحيط ثوبه بإبرته) أي بإبرة صاحب الثوب (أو طياناً ليطين بمرة) أي إذا استأجر طياناً المستأجر وهو بفتح الميم وتشديد الراء المهملة وهو المسحاة ويسمى بالفارسية بيل بكسر الباء الموحدة وسكون الياء آخر الحروف في آخره لام .

(وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة) أي المزارعة باطلة ، وهذا هو الوجه الرابع (وهذا الذي ذكره) أي القدوري (ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضاً لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز) أي على صاحب الأرض (فكذا إذا شرط وحده) أي فكذا يجوز إذا شرط أن يكون البقر بدون البذر عليه (فصار كجانب العامل) إذا شرط البقر على العامل ، أراد أن البقر تبع الأرض في هذه الصورة كما هي تبع للعامل إذا كانت من جانبه .

(وجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل

يحصل بها النماء ، ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق
الله تعالى فلم يتجانسا ، فتعذر أن تجعل تابعة لها . بخلاف جانب
العامل ، لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل .

ذلك بخلق الله سبحانه وتعالى (رد على المعتزلة وتبنيه على أنه من أهل السنة ، فإن عند
المعتزلة الافعال الاختيارية من الحيوان منه لا من الله سبحانه وتعالى وإلا هذا الكلام في
هذا المقام مستغن عنه .

فإن قلت هل كان فيه قوم حتى ينبه أنه من أهل السنة . قلت لانه لما أضاف منفعة
الارض إلى قوة طبعها قوم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك (فلم يتجانسا) أى
منفعة الأرض ومنفعة البقر لانها مختلفان (فتعذر أن تجعل تابعة لها) أى إذا كان كذلك
تعذر جعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض ، فلما لم يجعل تابعة كان استحقاق منفعة البقر
مقصوداً في الزراعة ، وهذا لا يجوز كما لو كان من أحدهما البقر وحده ، والباقي من
الآخر حيث لا يجوز بالإتفاق .

(بخلاف جانب العمل) جواب عن قوله كجانب العمل ، يعني القياس فاسد (لانه
تجانست المنفعتان) أى منفعة البقر ومنفعة العامل (فجعلت تابعة) أى فجعلت منفعة
البقر تابعة (لمنفعة العامل) لان البقر آلة العمل وهي من جنس عمل العامل ، وتحقيق
هذا البذر إذا اجتمع مع الارض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معها ، فكان
الاستئجار للعامل . وأما إذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه . وكذا في جانب الآخر .
فكان في كل من الجانبين معاوضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره ،
فكان باطلا . ولقائل أن يقول استئجار الارض والعامل متعرض عليه دون الاخرى ،
فكان أرجح ويلزم الجواز .

واعلم أن مبتنى جواز هذه المسائل فسادها على أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم
مشتركة ، وانعقادها إجارة إذ هو على منفعة الارض أو منفعة البقر
والبذر ، لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز في
الأرض والعامل أيضاً ، ولكننا جوزناه بالنص على خلاف القياس ، إنما ورد

النص فيها دون البذر والبقر . أما في الأرض فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما مضى ذكره وتعامل الناس ، فإنهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجراً للأرض ببعض الخارج . وأما في العامل ففعل رسول الله ﷺ مع أهل خيبر التعامل ، فإنهم كانوا يشترون البذر على رب الأرض ، فكان حينئذ مستأجراً للعامل لذلك ، فاقترعوا على الجواز بالقبض فيها وهي غير ما على أصل القياس ، وكلما كان في صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض ، والعامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، ولكن المنظور فيه وهو استئجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مورد الأثر ، وكل ما كان من صور المدم فهو من قبيل استئجار الآخرين ، أو كانت الشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ، ولكن المنظور إلى ذلك والضابط في معرفة التجانس فأنهم من كلامه وهو أن ما يبذر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس ، وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر ، وقد بينا لك هذا في أثناء حل الكتاب ، ونعميده لزيادة التوضيح .

أما الوجه الأول : فهو بما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس ، والمنظور إليه استئجار يجعل كأن العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل .

والوجه الثاني والثالث : مما فيه استئجار الأرض والعامل أدى الوجه أمر رابع على ظاهر الرواية باطل لأن المشروط شيئين غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تبعاً للآخر بخلاف المتجانسين فالأشرف أو الأصل يجوز أن تسع الأخ والفرع . وأما الأنواع المتفرقة من الأنواع الأربعة فمثل أن يكون البذر من أحدهما والباقي من الآخر فهذه المزارعة فاسدة لأنه يصير مستأجراً للأرض والبقر والعامل جميعاً بالبذر ولم يرد الشرع به .

قال فخر الدين قاضي خان في الجامع الصغير وعن أبي يوسف أنه لا يجوز ، لأنه استئجار للعامل والأرض ببعض الخارج ، وكل واحد منهما جائز عند الإنفراد ، فكذا

وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما ، أحدهما : أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر ، وإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل

عند الاجتماع . وكذلك إذا كان البقر وحده من أحدهما والباقي من الآخر فالزراعة فاسدة في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه جوز ذلك ، كذا في تجريد المحيط ، وكذلك إذا كان البقر والبذر من أحدهما والأرض والعمل من الآخر فالزراعة فاسدة ، لان الشرع لم يرد به . وفي الخارج اختلاف الرواية في الوجهين في رواية لصاحب البقر والبذر كسائر المزروعات الفاسدة . وفي رواية يكون لصاحب الأرض ويكون ذلك قرصاً ، وكذلك لو اشترك أربعة من أحدهم البذر ، ومن الآخر العمل ، ومن الآخر البقر ، ومن الآخر الأرض فالزراعة فاسدة .

وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد قال اشترك أربعة نفر على عهد رسول الله ﷺ فقال واحد ، من عندي البذر ، وقال الآخر من عندي العمل ، قال فألقى رسول الله ﷺ صاحب الأرض وجميل لصاحب العمل درهما لكل يوم ، والحق الزرع كله لصاحب الأرض انتهى . والفدان بالتشديد والتخفيف إسم للثورين اللذين يحرت بهما . قوله ألقى صاحب الأرض ، يعني لم يجعل له شيئاً من الخارج ، لانه لا يستوجب مثل الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما ، لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل .

(وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما) أي وجهان آخران باطلان لم يذكرهما القدوري (أحدهما) أي أحد الوجهين (أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر ، وإنه) أي وإن هذا الوجه (لا يجوز ، لانه يتم الشركة بين البذر والعمل) لان صاحب البذر مستأجر ، والمستأجر للأرض ، والتخلية بين المستأجر والمستأجر شرط ، فانعدمت التخلية ما هنا ، لان الأرض تكون في يد العامل . وبقي اشكال في أنه أوجب لصاحب

ولم يرد به الشرع . والثاني : أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضاً ، لأنه لا يجوز عند الإنفراد ، فكذا عند الاجتماع ، والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتباراً بسائر المزروعات الفاسدة ، وفي رواية لصاحب الأرض يصير مستقرضاً للبذر قابضاً له باتصاله بأرضه . قال ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة لما بينا ، وأن يكون الخارج شائعاً بينهما

الأرض أجر مثل أرضه ولم يسلم الأرض ، فكيف يستوجب أجر المثل . والجواب أن منفعة الأرض صارت مسجلة إلى صاحب البذر وسلامة الخارج له حكماً ، وكذلك إن لم يخرج الأرض شيئاً ، لأن عمل العامل بأمر في القابلان كعمله بنفسه . فيستوجب أجر المثل عليه في الوجهين (ولم يرد به الشرع) فلا يجوز ، أي لم يرد الشرع بهذا الوجه فلا يجوز .

(والثاني) أي الوجه الثاني (أن يجمع بين البذر والبقر) بأن يكون البذر والبقر من أحدهما والعمل من الآخر (وأنه) أي وإن هذا الوجه (لا يجوز أيضاً لأنه لا يجوز عند الإنفراد) يعني إذا كان البذر وحده من جانب وإذا كان البقر وحده من جانب (فكذا عند الاجتماع) أي فكذا لا يجوز إذا كان البذر والبقر جميعاً من جانب (والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتباراً بسائر المزروعات الفاسدة) ذكرها الصدر الشهيد في المزارعة مقدار بذره ومقدار ما غرم من أجر العامل والأرض ويتصدق بالفضل . (وفي رواية) ذكرها الصدر الشهيد أيضاً فيها (لصاحب الأرض ويصير مستقرضاً للبذر ، قابضاً له باتصاله بأرضه) أي يصير صاحب الأرض مستقرضاً للبذر ، وهذا في الحقيقة جواب إشكال ، وهو أن القرض يشترط فيه القبض ولا قبض هاهنا ، فأجاب بأن اتصال البذر بأرضه كالقبض .

(قال) أي القدوري (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة لما بينا) أشار بقوله إلى قوله في شرط المزارعة ، والثالث بيان المدة (وأن يكون الخارج بينهما شائعاً) أي

تحقيقاً لمعنى الشراكة ، فإن شرطاً لأحدهما قفزاً مسماً فهي باطلة ، لأن به تنقطع الشركة ، لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر ، وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة ، وكذا إذا شرطاً أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين ، لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر . وصار كما إذا شرطاً رفع الخراج والأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما ،

ولا تصح أيضاً ، إلا أن تكون الخارج بينهما شائعاً (تحقيقاً لمعنى الشركة) ولا خلاف فيه ، الثالثة (فإن شرطاً لأحدهما قفزاً مسماً فهي باطلة لأن به) أي بهذا الشرط (تنقطع الشركة ، لأن الأرض عساها لا تخرج إلا بهذا القدر) أي القدر الذي استتبناه أحدهما ، وعسى ما هنا بمعنى لعل كما في قول تحزين الموذ فقلت عساها فاركاس ولعلها ^(١) أي لعلها وإسمها ضمير فافهم .

(وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة) أي صار حكم هذا كحكم ما إذا اشترط أحد المتعاقدين في المضاربة دراهم معينة له فإنه يفسد به المضاربة ، لأن شرط ذلك يقطع الشركة كما مر في المضاربة (وكذا) أي ولا يجوز (إذا شرطاً أن يرفع صاحب البذر بذره يكون الباقي بينهما نصفين ، لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين) وهو قدر البذر (أو في جميعه) أي أو يؤدي إلى قطع الشركة في جميع الخارج (بأن لم يخرج إلا قدر البذر) فيأخذه صاحب البذر فيقطع به الشركة فلا يجوز .

(وصار كما إذا شرطاً رفع الخراج والأرض خراجية) أي والحال أن الأرض خراجية (وأن يكون الباقي بينهما) أي وشرطاً أن يكون الباقي بعد رفع الخراج بينهما ، لأنه يحتمل أن لا يخرج إلا مقدار الخراج ، فيكون قطعاً للشركة . وفي الذخيرة هذا

(١) هكذا الكلام في الأصل ، وربما هو فارسي ، اه مصححه .

بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر
والباقي بينهما ، لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة ، كما
إذا شرطاً دفع العشر وقسمة الباقي بينهما والأرض عشرية . قال
وكذلك إن شرطاً ما على الماذنيات والسواقي ، معناه لأحدهما ،

إذا كان خراجها خراج وظيفة بأن يكون دراهم أو دنانير أو قفزاناً معيناً . أما لو كان
خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعاً يجوز الثلث أو الربع لا يفسد المزارعة
بهذا الشرط .

(بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما)
حيث يجوز (لأنه معين مشاع ، فلا يؤدي إلى قطع الشركة) لأنه قوم قطع الشركة ،
فإن ما من خارج إلا وله عشر ، فبقي الشركة في الباقي (كما إذا شرطاً دفع العشر
وقسمة الباقي بينهما والأرض عشرية) أي والحال أن الأرض عشرية ، يعني يجوز هذا
أيضاً . وفي شرح الكافي لو كانت الأرض عشرية فشرط دفع العشر إن كانت تسقى ، شعاً ،
ونصف العشر إن كانت تسقى بدلو ، والباقي بينهما نصفان كان جائزاً لما مر هذا الشرط
لتوم قطع الشركة .

(قال) أي القدوري في مختصره (وكذلك إن شرطاً ما على الماذنيات والسواقي)
يعني كما أنها إذا شرطاً لأحدهما قفزاناً مساة تكون المزارعة باطلة ، فكذلك إذا شرطاً ما
على الماذنيات والسواقي لأحدهما ، لأنه يحتمل أن لا يحصل الربع إلا منها ، فيؤدي إلى
قطع الشركة . والماذنيات جمع ماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول فارسي
معرب . وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الأرض . والسواقي جمع ساقية وهي
فرق الجدول دون النهر ، كذا في المغرب ، فيكون كلاهما واحداً . ويحتمل أن يكون
بينهما فرق فكذلك أوزدهما بعطف أحدهما على الآخر . وقيل هي أوسع من السواقي ولا
خلاف فيه للثلاثة ، لأن الخبر الصحيح والنهي عنه غير معارض ولا منسوخ (معناه
لأحدهما) أي معنى قول القدوري وكذلك إن شرطاً ما على الماذنيات إن
شرط لأحدهما .

لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة ، لأنه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع ، وعلى هذا إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة والآخر ما يخرج من ناحية أخرى . وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب ، لأنه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن . وكذا إذا شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب . ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا

(لأنه لو شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة ، لأنه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع) أي لأن الشأن لمل الزرع لا يخرج إلا من ذلك الموضع المعين (وعلى هذا) أي على ما ذكرنا من عدم الجواز (إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة والآخر ما يخرج من ناحية أخرى) أي وشرط الآخر ما يخرج من الزرع من ناحية أخرى .

(وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب) أي وكذا لا يصح ذكره تقريرا على مسألة القدوري وهو على خمسة أوجه ، وهذا أولها (لأنه) أي لأن الشأن عساه يصيبه آفة ، أي لأن الزرع (عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن) فيؤدي إلى قطع الشركة ، فلا يجوز .

(وكذا إذا شرط التبن نصفين) هذا هو الوجه الثاني ، أي وكذا لا يجوز إذا شرطا أن يكون التبن بينهما نصفين والحب بالنصف عطفًا على التبن ، أي وشرطا (والحب لأحدهما بعينه لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب) وهل شرط يؤدي إلى قطع الشركة يفسد المزارعة .

(ولو شرط الحب نصفين) هذا هو الوجه الثالث ، وهو أن يشترطا أن يكون الحب بينهما نصفين (ولم يتعرضا للتبن) بأن سكتا عنه (صحت) أي المزارعة (لاشتراطهما

للتبن صحت لاشراطهما الشركة فيما هو المقصود . ثم التبن يكون
 لصاحب البذر لأنه غناء ملكه ، وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط ،
 والمفسد هو الشرط ، وهذا مسكوت عنه . وقال مشايخ بلخ ورحمهم
 الله التبن بينهما أيضاً اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان
 ولأنه تبع للحب ، والتبع يقوم بشرط الأصل . ولو شرطاً الحب
 نصفين والتبن لصاحب البذر صحت ،

الشركة فيما هو المقصود) وهو الحب (ثم التبن يكون لصاحب البذر ، لانه غناء ملكه)
 وفي بعض النسخ إنما بذره وهو الاصول (وفي حقه) أي وفي حق صاحب البذر
 (لا يحتاج إلى الشرط ، لان الكل قوله) عن ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يوجد
 (والمفسد هو الشرط) أي المفسد للزراعة هذا الشرط الفاسد (وهذا مسكوت عنه)
 أي الشرط الفاسد سكت عنه هاهنا ، لانهما سكتا عنه ، والسكوت عنه لا يفسد ، وإنما
 المفسد ذكره ، وهذا دفع في النسخ مسكوت عنه الصواب على ما لا يخفى .

(وقال مشايخ بلخ التبن بينهما أيضاً) أي يكون للتبن بين المتعاقدين كما يكون
 الحب (اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) وإن العرف عندهم أن الحب والتبن
 يكون بينهما نصفين ، وتحكيم العرف عند الإشتباه واجب . وقال الطحاوي في مختصره
 روى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أن المزارعة فاسدة . وجعل محمد التبن لصاحب البذر
 إلا أن يقع الشرط بينهما ، بخلاف ذلك . ثم وجدنا لمحمد بعد ذلك ما يدل على رجوعه
 عن قوله إلى ما قال أبو يوسف في الإملاء قال هو الصحيح ، وبه نأخذ .

(ولأنه تبع للحب) أي ولأن التبن تبع للحب (والتبع يقوم بشرط الأصل) يعني
 أن التبن لما كان تبعاً كان ذكر الشرط في الحب ذكراً في التبن حيث يكون التبن بينهما
 أيضاً ، فكأنهما شرطاً في التبن أن يكون بينهما كالجندي يصير مقيماً بنيه الإمام ،
 وكالعبد يصير مقيماً بنيه المولى .

(ولو شرطاً الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) أي المزارعة وهذا هو

لأنه حكم العقد . وإن شرطا التبين للآخر فسدت ، لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبين ، واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط . قال وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام ، وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل ، لأنه يستحقه شركة ، ولا شركة في غير الخارج . وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره ،

الوجه الرابع (لأنه حكم العقد) يعني إنهما لو سكنا عن ذكر التبين كان التبين لصاحب البذر ، لأنه موجب العقد ، فإذا نصا عليه فإنما صرحا بما هو موجب العقد ، فلا يتغير به وصف العقد ، وكان وجود الشرط وعدمه سواء .

(وإن شرطا التبين للآخر فسدت) أي المزارعة . وفي بعض النسخ وهذا هو الوجه الخامس (لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبين) وكل شرط يؤدي إلى قطع الشركة تقصد المزارعة كما قلنا (واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط) يعني غير صاحب البذر لا يستحق إلا بالشرط ، وهذا الشرط يؤدي إلى قطع الشركة فتفسد . (قال) أي القدوري (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل ، لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج) أي لأن العامل يستحق ما شرطاه شركة ، والحكم في الشركة في الربح إذا لم يوجد الربح لا شيء للعامل ، فكذا هنا (وإن كانت إجارة) هذا جواب عما يقال كانت الأرض إجارة ابتداء فلا بد من الأجرة ، وتقرير الجواب أن الأرض إن كانت إجارة في الابتداء (فالأجر مسمى) أي معين (فلا يستحق غيره) أي غير المسمى ، ولا يشكل بما إذا كانت الأجرة عيناً في الإجارة وهلك الأجرة قبل التسليم يجب على المستأجر أجر المثل ، فينبغي أن يكون كذلك فيما نحن فيه ، لأن الأجر المعين هناك قبل التسليم وما هنا بعد التسليم إن العامل قبل البذر الذي يتفرع عليه الخارج وقبض الأصل قبض لفروعه والأجرة المعين إذا هلك بعد التسليم لا يجب شيء ، فكذا ما هنا ، كذا في الجامع المحبوبي .

بخلاف ما إذا فسدت ، لأن أجر المثل في النمة ولا تقوت النمة بعدم
الخارج . قال وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر ، لأنه نماء ملكه
واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت ، فبقي النماء كله لصاحب
البذر . قال ولو كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا
يزاد على مقدار ما شرط له ، لأنه رضي بسقوط الزيادة ، وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد «رح» له أجر
مثله بالغاً ما بلغ ،

(بخلاف ما إذا فسدت) أي المزارعة (لأن أجر المثل في النمة) أي لأن وجوب
أجر المثل في النمة (ولا تقوت النمة بعدم الخارج) لأن عدم الخارج لا يمنع وجوب
ما في النمة .

(قال) أي القدوري (وإذا فسدت) أي المزارعة (فالخارج لصاحب البذر ، لأنه
نماء ملكه) أي ملك صاحب البذر (واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت) أي
القسم ، لأن المشروط في المزارعة بمنزلة البذر المسمى في عقد الإجارة والتسمية لا تصح
مع فساد العقد ، فإذا بطلت التسمية بالفساد (فبقي النماء كله لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه .
(قال) أي القدوري (ولو كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله) يعني
في صورة فساد المزارعة (لا يزداد على مقدار ما شرط له) أي لا يزداد أجر المثل على القدر
الذي شرط للعامل . وفي شرح الكافي ويطيب لصاحب الأرض جميع ما أخرجته الأرض
لأنه تولد من بذره بقوة الأرض . ولو كان البذر من قبل العامل يطيب له من الخارج مقدار
بذره وما غرمه ، ويتصدق بالفضل لأنه تولد بقوة أرض الغير وقد فسد ذلك العقد الذي
استحق به ملك المنفعة فيمكن فيه شبهة الحنث (لأنه رضي بسقوط الزيادة) أي لأن
العامل رضي بسقوط الزيادة على أجر المثل لأنه دخل في مباشرة ما يوجب فساد العقد
(وهذا) أي عدم الزيادة على أجر المثل (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) .

(وقال محمد له) أي للعامل (له أجر مثله بالغاً ما بلغ) وبه قالت الثلاثة ، وبالفأ

لانه استوفى منافعه بعقد فاسد ، فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها ،
وقد مر في الإجازات

ينصب على الحال من الاجرة . وما بلغ في محل نصب على أنه مفعول بالغا ومفعوله مفعول
بلغ محذوف وهو الضمير العائد إلى كلمة فافهم (لانه) أى لان صاحب الارض (استوفى
منافعه) أى منافع العامل (بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها) أى قيمة منافعه (إذ لا
مثل لها) أى للنافع فيجب قيمتها بالغة ما بلغت (وقد مر في الإجازات) أى قد مر
هذا الخلاف . وفي بعض النسخ وقد مرت أى المسألة .

وقال السفناقي وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع يعتبر ، لانه ذكر في باب الإجارة
للفاسدة من كتاب الإجارة في مسألة ما إذا استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً بقبض منه ،
فالإجارة فاسدة . ثم قال ولا تجاوز بالاجر معنى ، لانه لما فسدت الإجارة فالواجب
أقل عما سمي . ومن أجر المثل وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب
الاجر بالغا ما بلغ عند محمد ، لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الخط ، مجموع هذا
الذي ذكره في الإجازات يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ في الإجازات
للفاسدة كما هو قولهما إلا في الشركة والاحتطاب ، ثم ذكرها هنا وقال محمد له أجر المثل
بالغا ما بلغ إلى أن قال وقد مرت في الإجازات ، وذلك يدل على أن مذهبه في جميع
الإجازات الفاسدة أن يبلغ الاجر ما بلغ وليس كذلك .

وقال الاترازي أيضاً هذا كلام موم ، لان الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ذكر في الشركة
للفاسدة في كتاب الشركة لا في كتاب الإجازات ، لان الإجارة الفاسدة لا خلاف فيها
بين علمائنا الثلاثة ، لان فساد الإجازات إذا كان لعدم التسمية أو لجهالة المسمى بأن جعل
الاجرة ثوباً أو دابة يجب أجر المثل بالغا ما بلغ . وإن كان المسمى معلوماً ولكن فسدت
بسبب بشرط فاسد ونحوه يجب الأقل من أجر المثل والمسمى لا يجاوز بالاجر المسمى .
وقال زفر والشافعي يجب أجر المثل بالغا ما بلغ ، انتهى . والجواب بأن هذه الإجارة
من قبل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الحارث ، وهذه حوالة
بلا تقييد ولا إيهام ، فافهم .

وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه، لانه
استوفى منافع الأرض بعقد فاسد ، فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل
لها فيجب رد قيمتها ، وهل يزداد على ما شرط له من الخارج ، فهو
على الخلاف الذي ذكرناه . ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت
المزاعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر

(وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه) هذا من مسائل
القدوري . وفي بعض النسخ وإن كان قبل العامل ، أى البذر (لانه استوفى) أى لان
العامل استوفى (منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها) أى رد المنافع ، لان هذا
مقتضى القياس ، ولكن هذا لا يمكن ، أشار إليه بقوله (وقد تعذر) أى رد المنافع
لأنها ثلاثة واطمحت (ولا مثل لها) أى منافع الأرض حتى يرد مثلها (فيجب رد قيمتها)
أى إذا كان كذلك فتجب رد قيمة منافع الأرض الذي استوفاهما (وهل يزداد على ما
شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه) آنفاً ، وهو أن لا يزداد عليه عند أبي
حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد .

(ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزاعة فعلى العامل أجر مثل الأرض
والبقر) لان البقر مدخلا في الإجارة يجوز إبراد عقد الإجارة عليه والمزاعة إجارة ،
يعني فتتعقد الإجارة عليه فاسداً ويجب أجر المثل . وقال الكرخى في مختصره ولو أن
صاحب الأرض دفع الأرض إلى صاحب العمل على أن البذر والعمل من عند العامل
والأرض والبقر من عند صاحب الأرض على أن الخارج بينها قال هذا فاسد في قول أبي
يوسف ومحمد « رح » فإن أخرجت الأرض زرعاً كثيراً فجميع البذر لصاحب البذر
والعمل ، ولصاحب الأرض والبقر أجر مثل أرضه وبقره على الزارع صاحب البذر
والعمل فله أن يستوفى من ذلك ما بذر وما غرم ، ويتصدق بالفضل . ولو لم تخرج الأرض
شيئاً غرم صاحب البذر أجر مثلى الأرض وأجر مثل البقر ، لأن الزراعة فاسدة ولا
يبالى أخرجت الأرض شيئاً أو لم تخرج .

هو الصحيح ، لانه له مدخلا في الإجارة وهي إجارة معنى . وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه ، لان النماء حصل في أرض مملوكة له . وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض ، وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض ، وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثاً فيه ، فما سلم له بعوض طاب له ، وما لا عوض له تصدق به .

(هو الصحيح) احتراز به عن تأويل بعض أصحابنا لقول محمد « رح » في الأصل لصاحب الأرض والبقر أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر أن المراد به يجب أجر مثل الأرض مكروبة . أما البقر فلا يجوز أن يستحق العقد بعقد المزارعة بحال ، فلا ينمقد العقد عليه صحيحاً ولا فاسداً . ووجوب أجر المثل لا يكون بدون عقد ، لان المنافع لا تتقوم بدونه ، ولكن الأصح أن عقد المزارعة من جنس الإجارة ومنافع العقد مما يجوز استحقاقها بعقد الإجارة ، فينمقد عليها بعقد المزارعة بالفساد ، فيجب أجر مثلها كما تجب أجر مثل الأرض ، كذا في المبسوط (لأن له مدخلا في الإجارة) أي لأن البقر داخلا في الإجارة بأن استأجرها ليحمل عليها (وهي إجارة معنى) أي المزارعة المذكورة إجارة من حيث المعنى ، ولكنها بصفة الفساد ، فيجب أجر المثل .

(وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره) أي لأجل البذر له (في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) أي جميع الخارج . فإذا طاب له جميعه لا يجب عليه أن يتصدق بشيء من ذلك (لأن النماء حصل في أرض مملوكة له) أي لرب الأرض ، وقد ذكرناه (وإن استحقه العامل) أي وإن استحق الخارج العامل لكون البذر له (أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل) أي بالزائد على قدر البذر وأجر الأرض (لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثاً فيه) أي في الفضل ، لان فضل زرع خرج له من أرض غيره (فما سلم له بعوض طاب له ، وما لا عوض له تصدق به) لتمكن الخبث فيه

قال وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه ، فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره . وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل ، لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر ، والعقد لازم بمنزلة الإجارة ،

(قال) أي القدوري (وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) أي على العمل هذا قبل إلقاء البذر ، أما بعد إلقاء البذر فيجبر ولا يمكنه الفسخ إلا بعد لصيرورة العقد لازماً من الجانبين ، وقد بينا أن العقد لازم عند الفقهاء (لانه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه) وهذا استهلاك البذر في الحال (فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره) ثم ندّم لا يجبر ، فصار هذا الحكم ما إذا استأجره رجلاً ليهدم داره ثم ندّم لا يجبر عليه والعقد لازم بمنزلة الإجارة فيلزمه الوفاء .

(وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل ، لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر ، والعقد لازم بمنزلة الإجارة) فيلزمه الوفاء ، وهذا قول العامة إلا في رواية عن أحمد أن العقد غير لازم عنده . وقال الكرخي في مختصره إذا تعاقد رجلان على زراعة أرض ثم هذا لاحدهما أن لا يزرع فقال لا أريد أن أزرع هذه الأرض ولا غيره ، أو قال لا أريد أن أزرع هذه الأرض وأريد أن أزرع غيرها فإنك تنظر في هذا ، فإذا كان الممتنع من قبل البذر فله ذلك ، وإن كان ليس من قبله البذر فليس له أن يمتنع إلا من عنده . ولو كانت الإجارة للمزارعة وقعت بأجر غير ما يخرج منها ، ثم أراد المستأجر أن يبدع المزارعة ولا يزرع هذه الأرض ولا غيرها فله ذلك ، وإن قال لا أزرع هذه الأرض وأزرع غيرها لم يكن له ذلك ، وقيل له أقبض الأرض فيكون في يديك ، فإن شئت زرعت ، وإن شئت لم تزرع ، فإذا تمت السنة كان عليك ما سميت من الأجر . وإن امتنع صاحب الأرض قال قد بدا لي أن لا أؤجر أرضاً للزراعة لم يكن له ذلك وأن يجبر على تسليم الأرض إلا أن يكون له عذر في ذلك .

إلا إذا كان عذريفسخ به الإجارة فيفسخ به المزارعة . قال ولو امتنع
رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء
له في عمل الكراب .

(إلا إذا كان عذر) استثناء من قوله والمقد لازم ، وكان ثامة فلا يحتاج إلى الخبر ،
والعنى إلا إذا وجد عذر . وفي بعض النسخ عذراً بالنصب ، فعلى هذا يكون عذراً خبر
كان ، ويكون إسمه ضميراً مستقراً فيه عائداً إلى مقدر تقديره إلا إذا كان الامتناع
عذراً أى الموجب الامتناع عذراً (يفسخ به الإجارة) هذه الجملة صفة لقوله عذر ، وفي
بعض النسخ يفسخ به الإجارة ، والباء في به للسببية (فيفسخ به المزارعة) لأنها إجارة
معنى كما ذكرنا . قال الكرخي في مختصره العذر أن يكون على رب الأرض دين فادح
لا يقدر على أدائه إلا من ثمن هذه الأرض فله أن يبيعها فيه .

وفي فتاوى العتابي لو كان المزارع سارقاً يخاف منه لرب الأرض أن يفسخه .
وقال في شرح الكافي والاعذار ثلاثة : المرض الذي يقعد العامل عن العمل ، وخيانة
العامل ، والدين الذي لا وفاء عنده سوى بيع الأرض . ثم قال ولو وقع إليه نخلا
معاملة بالنصف ثم بدا للعامل أن يترك العمل أو يسافر ، فإنه يجبر على العمل ، لأن هذا
ليس بعذر في حقه ، لأنه أمكنه الاستعانة بغيره . وكذا إن بدا لصاحب النخل أن
يعمل بنفسه ويمنع العامل لم يكن له ذلك ، لأنه لا ضرر في حقه ، لأنه يفسد عليه شيئاً
فلم يتحقق العذر ، فامتنع الفسخ .

(قال ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له
في عمل الكراب) الواو في قوله والبذر للحال ، وكذا الواو في قوله وقد كرب ، أي
قلب الأرض للزراعة ، والكرب بالكسر مصدره . وقوله فلا شيء له ، أي للعامل يعني
إذا امتنع رب البذر من العقد والبذر منه قبل إلقاء البذر لا شيء للعامل في عمل الكراب
لأن عمله إنما يقوم بالمقد ، والمعمل قوم بخرج من الخارج ولا خارج بعده فلا
يستوجب شيئاً .

قيل هذا في الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء
العامل ، لانه غره في ذلك . قال وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت
المزارعة اعتباراً بالإجارة وقد مر الوجه في الإجازات . فلو كان
دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد

(قيل هذا في الحكم) أي قيل هذا الجواب في الحكم يعني في القضاء ظاهر ،
وقال الأتزازي أي الذي قلنا أن المزارع لا شيء له من أجل الكراب ونحوه هو القضاء
ظاهراً (أما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلك)
أي في هذا الفعل ، يعني فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى بأن يعطي العامل
أجر مثله ، لأن الغرور مرفوع فيبقى بأن يطلب رضاه .

(قال وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتباراً بالإجارة) يعني أن هذا
عقد ورد على المنافع فيبطل بموت أحد المتعاقدين كالإجارة . وفي المبسوط والخيرة هذا جواب
القياس ، وفي الاستحسان يبقى عقداً للزراعة إلى أن يستحصد الزرع ، معناه يبقى بلا
إجارة مبتدأة حتى لا يجب الأجر على المزارع ، لأننا أبقينا العقد نظراً للزراع ، لأنه لو لم
يبق لقلع ورثة رب الأرض فيتضرر به المزارع ولا يجوز إلحاق الضرر على غير المتعاقدين
وإليه أشار المصنف رحمه الله تعالى بقوله ، فلو كان دفعها إلى آخره ، وعلم أن المراد
بقوله وإذا مات أحد المتعاقدين ما بعد الزرع ، لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه
ولم يفصل بين ما نبت الزرع أو لم ينبت ، ولكنه ذكر جواب التاب في قوله في وجه
الاستحسان ، ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ، ولعله ترك ذلك إعتياداً على
دخوله في إطلاق أول المسألة . وعند الثلاثة يبقى العقد مطلقاً (وقد مر الوجه في
الإجازات) وهو قوله لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير
العاقدين مستحقة بالعقد ، لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث ، وذلك لا يجوز .

(فلو كان دفعها في ثلاث سنين) ذكره بالفاء ، لأنه متضرع على ما قبله ، أي فلو
دفع الأرض إلى آخر مدة ثلاث سنين (فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد)

حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد
الزرع، ويقسم على الشرط وتنقض المزارعة فيما بقي من السنتين
لان في إبقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين ، بخلاف السنة
الثانية والثالثة ، لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس .
ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعدما كرب الأرض وحفر
الأنهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه إبطال مال على المزارع
ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل

أي لم يجيء أو ان الحصاد (حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى
يستحصد الزرع ويقسم على الشرط) إستحساناً ، والقياس أن لا يثبت للورثة حق
الأخذ ، لأنه يفسخ العقد بموت العاقد . قال في شرح الكافي إلا أنا أبقيناه إستحساناً
لأجل العذر وعقد الإجارة جواز للعذر ، فلأن يبقى ببقاء العذر كان أولى . ولهذا قلنا أنه
لو استأجر سفينة فلما توسط لجة البحر انتهت مدة الإجارة قدرها عقد الإجارة مبتدأة
بأجر لمكان العذر ، فإذا قدر عقداً مبتدأ لأجل العذر فلأن يبقى لأجل العقد كان أولى
فإذا أدرك الزرع إقتسم الزرع والورثة على الشرط (تنتقض المزارعة فيما بقي من
السنتين ، لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مراعاة للحقين) أي حق المزارع
وحق الورثة .

(بخلاف السنة الثانية والثالثة ، لأنه ليس فيه ضرر بالعامل) لأنه لم يثبت له شيء بعد
شيء (فيحافظ فيهما على القياس) أي إذا كان الأمر كذلك فيحافظ من السنة الثانية
والثالثة على وجه القياس حيث تبطل المزارعة بموت أحد المتعاقدين .

(ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعدما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت
المزارعة ، لانه ليس فيه إبطال مال على المزارع) بخلاف ما إذا مات رب الأرض
والزرع بقل حيث يبقى العقد ، لان فيه إبطال مال على المزارع ولو كلف القلع . وفي
بعض النسخ إبطال مال المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) لان المنافع تتقوم

كما نبينه إن شاء الله تعالى . وإذا فسخت المزارعة بدين
فادح لحق صاحب الارض فاحتاج إلى بيعها ، فباع جاز كما في
الإجارة ، وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار
بشيء ، لان المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوم بالخارج ، فإذا
انعدم الخارج لم يجب شيء .

الخارج ولا خارج فلا يجب شيء (كما نبينه إن شاء الله تعالى) أشار به إلى قوله بعد
هذا لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد .

(وإذا فسخت المزارعة بدين فادح) أي ثقل من فدحه الامر ، أي أثقله ، وكل
مثقل فادح . وقال ابن دريد فوادح الدهر خطوبه ومادته فاه ودال وحاء مهملتين
(لحق صاحب الارض) هذه الجملة صفة أخرى لقوله دين شيء (فاحتاج إلى بيعها فباع
جاز) أي ببيع الارض جاز الفسخ ، يعني الدين الفادح بصير عذراً في فسخ عقد
المزارعة ، لان في المضي على العقد يلحقه ضرر وهو الحبس فجاز الفسخ (كما في الإجارة) حيث
يفسخ بعذر الدين ونحوه . وفي الذخيرة لا بد لفسخ المزارعة من القضاء او الرضى على
روايات الزيادات لانها بمعنى الإجارة ، وعلى رواية المبسوط والجامع الصغير لا يحتاج
إلى الرضا أو القضاء فبعض المتأخرين أخذ برواية الزيادات ، وبعضهم برواية الاصل
والجامع . وقوله فسخت والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فافهم .

(وليس للعامل أن يطالبه) أي صاحب الارض ، وهذا هو الموعود بقوله على ما
بيناه ان شاء الله تعالى (بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء ، لان المنافع إنما تتقوم
بالعقد ، وهو إنما قوم بالخارج) أي العقد فيما نحن فيه قوم بالخارج (فإذا
انعدم الخارج لم يجب شيء) وهذا الجواب بهذا التعليل إنما يستقيم أن لو كان
البذر من قبل العامل ، أما لو كان من قبل رب الارض فللعامل أجر مثل عمله ، لان
البذر إذا كان من قبل العامل يكون مستأجراً للأرض ، فيكون العقد وارداً على منفعة
الارض لا على عمل العامل ، فيبقى عمله من غير عقد ولا يتقوم على رب الارض . أما إذا

ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبسع الارض في الدين حتى يستحصد
الزرع لان في البيع إبطال حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال .

كان البذر من رب الارض فيكون هو مستأجراً للعامل ، فكان المقد وارداً على منافع
المعمل فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض فيرجع عليه بأجر مثل عمله ، كذا في
الذخيرة . قيل فيه نظر ، فإن منافع الأجير وعمله إنما يتقوم على رب الارض بالمقد ،
والمقد إنما قوم بالخارج ، فلماذا انعدم الخارج لم يجب شيء .

(ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبسع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع) ذكره
تقریباً ولم يذكر في الكتاب إذا زرع العامل ولم يثبت ثم لحق لرب الارض دين قاذح ما
حكاه . وفي الذخيرة اختلف المشايخ فيه قال أبو بكر العتاي له ذلك ، لانه ليس
لصاحب البذر في الارض عين مال قائم ، لان التبذير استهلاك ، ولهذا قالوا لصاحب
البذر فسخ المزارعة . وقال الشيخ أبو اسحاق الحافظ ليس له ذلك ، لان التبذير استثمار
لا استهلاك . ألا ترى أن الأب أو الوصي يملكان زراعة أرض الصبي مع أنها لا يملكان
استهلاك ماله ، فإذا كان كذلك كان للمزارع عين مال قائم .

وفي فتاوى العتاي لو أجاز للعامل البيع والبذر منه فله حصة البذر مبذوراً ، فتقوم
الارض مبذورة وغير مبذورة فله حصة الفضل من الثمن . وإن كان البذر من رب
الارض فباعه قبل النبات لا يدخل البذر بدون ذكره . وقيل إن حفر في الارض
يدخل . وإن سقاء المشتري حتى يثبت وأدرك فهو للبائع والمشتري متطوع . ولو باع
رب الارض لم ينفذ بدون إجارة المزارع أو المستأجر أو المرتهن وليس لهم نقض بيعه ،
لان ضرره يندفع بالتوقف . وكذا للبيع وللشفيع أن يأخذ أو يقوم مقام المشتري في
التوقف . وكذا لو أجراها رب الارض بعد الزرع أو قبله والبذر من المزارع يتوقف
على إجارته كالبيع .

(لأن في البيع إبطال حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال) يعني أن في
التأخير إضراراً بالفرماء ، لكن ضرر التأخير بدون ضرر الإبطال ، فان لم يكن بد من
إلحاق الضرر به يترجح أهون الضررين ، ولأن فيه نظراً للكل لاستعماله على عدم إبطال

ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه بالدين ، لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالماً ، والحبس جزاء الظلم . قال وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كانت على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد ، والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما ، معناه حتى يستحصد ، لأن في بقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين ، فيصار إليه وإنما كان العمل عليهما لأن

حق المزارع ويقع رب الأرض فإن نصيبه يباع في دينهم أيضاً ، وما فيه نظر لكل يترجح على ما فيه ضرر بالبعض (ويخرجه القاضي من الحبس) أي يخرج رب الأرض القاضي من الحبس (إن كان حبسه في الدين لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالماً والحبس جزاء الظلم) ولكن لا يحول بينه وبين الغريم لأنه ربما يخفي نفسه عند البيع ، فإذا أدرك الزرع كان له أن يحبسه إلى أن يبيع نصيبه من الزرع والأرض ، ويوفي الغريم حقه لأنه زال المانع ، فظهرت القدرة .

(قال وإذا انقضت مدة المزارعة) أي قال القدوري وقيد بالانقضاء احترازاً عن مسألة الموت كما يأتي (والزرع لم يدرك) أي والحال أن الزرع لم يدرك (كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد) وفي بعض نسخ المختصر أجر مثل نصيبه من الزرع وذلك أصح ، فعلى الثاني يتعلق من نصيبه ، وعلى الأول يتعلق بأجر المثل (والنفقة على الزرع عليهما) أي على العامل ورب الأرض ، وأراد بالنفقة مؤنة الحفظ والسقي وكرب الانهار (على مقدار حقوقها) أي حقوق العامل ورب الأرض (معناه حق يستحصد) أي معنى قوله والنفقة على الزرع عليها أحصد الزرع واستحصد إذا حان له أن يحصد (لأن في بقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه) هذا دليل وجوب الأجر ، ووجهه قالوا إن أمراً العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر وبه إن أبقيناه بلا أجر تضرر رب الأرض فبقيناه بلا أجر تعديلاً للنظر من الجانبين (وإنما كان العمل عليهما ، لأن المقد قد انتهى بانتهاء المدة ، وهذا عمل في المال

العقد قد انتهى بانتها المدة ، وهذا عمل في المال المشترك .
وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل
حيث يكون العمل فيه على العامل ، لأن هناك أبقينا العقد في
مدته والعقد يستدعي العمل على العامل ، أما هاهنا العقد قد انتهى فلم
يكن هذا بقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه .

المشترك) فيكون العمل عليها .

(وهذا) أي الحكم المذكور (بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث
يكون العمل فيه على العامل) يعني إذا مات صاحب الأرض والحال أن الزرع بقل فإنه
لا يجب أجر المثل ولا العمل عليها ، بل يكون على العامل ، بخلاف الإجارة والعارية
إذا انقضت المدة والزرع بقل ، فإنه يجب أجر المثل ويترك الزرع حتى يستحصد نظراً
لهما (لأن هناك) أي فيما إذا مات رب الأرض والزرع بقل (أبقينا العقد في مدته) أي
في مدة العقد حكماً للعقد (والعقد يستدعي العمل على العامل) أي يقتضي قيام العمل
على العامل (أما هاهنا) أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك (العقد قد
انتهى) بانتها المدة (فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل
عليه) لأن استحقاق العمل على العامل إنما كان في المدة بالعقد فلم يبق العقد فلا يكون
عليه ، بل يكون عليها ، لأنه عمل على المال المشترك .

وقال تاج الشريعة في قوله بخلاف ما إذا مات رب الأرض ، بيان الفرق أن رب
الأرض متى مات بقي عقد المزارعة فتعذر لإيجاب الأجر ، لأنه لا يجب إجارة ما إذا
منفعة الأرض في مدة واحدة وهو بعض الخارج وأجر المثل دراهم أو دنانير ، وإيجاب
زمانين بإزاء عين واحدة لا يجوز ، فإيجاب البدلين بإزاء منفعة واحدة ، لأن لا يجوز
أولى وأخرى . إما إذا انقضت مدة المزارعة فيحتاج إلى إثبات الإجارة فلا يكون جمعاً
بين أجرين بإزاء منفعة الأرض في مدة واحدة ، بل يكون لإيجاب الأجرين في مدة
مختلفة وهذا جائز .

فإن أئق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع لأنه لا ولاية له ، لأنه لا ولاية له عليه . ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلًا لم يكن له ، لأن فيه إضراراً بالمزراعة .

(فإن أئق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع) ذكره تقريباً على مسألة القدوري ، أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل ، وإنما كان متطوعاً (لأنه لا ولاية له) لأحدهما على الآخر ، بخلاف ما إذا أئق بأمر القاضي حتى يرجع على صاحبه بمقدار حصته ، لأن للقاضي ولاية فصح أمره .

فإن قيل هو مضطر في الإنفاق لأنه يجيء حق نفسه فلا يوصف بالتبرع ، قلنا هو غير مضطر ، لأنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي ولأنه غير مجبر على الإنفاق ، لأن له ولاية أخذ الزرع بقلًا كما يجيء ، كذا في الذخيرة .

فإن قلت لم لا يجعل هذا كما لو أوصى برقبة نخلة لإنسان وتمرها لآخر فأنفق الموصى له بالرقبة في غيبة صاحب الثمر بغير أمر للقاضي وبغير أمر صاحب الثمر فإنه لا يكون متبرعاً ، كذا هذا . قلت قياسك على هذا غير صحيح ، والصحيح أن يقاس على ما إذا كان النخيل بين اثنين وغاب أحدهما فأنفق الآخر عليه بغير أمر القاضي فإنه يكون متبرعاً ، كذا في مسألة الزرع .

(لأنه لا ولاية له عليه) أي لأن الذي أئق لا ولاية له على صاحبه فيكون متبرعاً (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلًا لم يكن له ذلك) ذكره تقريباً أيضاً ، وهو من مسائل الأصل ، أي لم يكن لرب الأرض ذلك ، أي بعد انقضاء المدة (لأن فيه إضراراً بالمزارع) لأن المزارع ليس يتمتع في زرع الأرض ، وله نهاية فيبقى الآن يستحصد بأجر المثل ، لأن التأخير أهون من الإبطال .

فإن قيل كما أن في هذا إضرار بالمزارع فكذا في قلع المزارع إضرار برب الأرض ، ومع ذلك جاز للمزارع قلمه ، ذكره في المبسوط . قلنا رب الأرض متعنت في طلب القلم لاتقائه بنصيبه وبأجر المثل ، فرد عليه ، بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلم ما يجب عليه من أجر المثل ، فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يبقى بذلك .

ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلأ قيل لصاحب الأرض أقلع
الزراع ، فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على
الزراع وارجع بما تنفقه في حصته ، لأن المزارع لما امتنع من
العمل لا يجبر عليه ، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظره ،
وقد ترك النظر لنفسه ، ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات ،
لأن بكل ذلك يستدفع الضرر . ولو مات المزارع بعد نبات
الزراع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزراع

(ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلأ) بعد انقضاء المدة (قيل لصاحب الأرض إقلع
الزراع فيكون بينكما) أشار بهذا إلى أن رب الأرض له الخيارات الثلاثة ، الأول : أن
يقال له إقلع الزراع فيكون بينكما ، والثاني : ما أشار إليه بقوله (أو أعطه قيمة
نصيبه) أي أو قيل له أعطه حصة ثانياً . والثالث : ما أشار إليه أيضاً بقوله (أو أنفق
أنت على الزراع وارجع بما تنفقه في حصته) أي أو قيل له أنفق أنت على الزراع كله ثم
ارجع بما أنفقت على حصته في نصيبه (لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه)
أي على العمل لانقضاء مدة العقد (لأن إبقاء العقد) لم يرد به عقد المزارعة لأنه انتهى
بانتهاؤه مدته ، ولكن بإبقاء الأرض مشغولة بالزراع بشبهة العقد ، وبهذا يجب أجر المثل
ومبناء على العقد (بعد وجود المنهي نظراً له) أي للمزارع ، وأراد بالمنهي مضي المدة
وهو بضم الميم وسكون النون وكسر الهاء (وقد ترك النظر لنفسه) بإرادة القلع ، وله
ولاية ذلك ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات الثلاثة التي ذكرت آنفاً .

وقوله (ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات) أو أمره وأمر بينها أو نحو ذلك
(لأن بكل ذلك يستدفع الضرر) أي بكل الخيارات وتذكير اسم الاشارات باعتبار
أراد أنه يدفع الضرر عن نفسه بذلك فيتخير .

(ولو مات المزارع بعد نبات الزراع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزراع

وأبى رب الأرض فلم ذلك ، لأنه لا ضرر على رب الأرض
ولا أجر لهم بما عملوا ، لأننا أبقينا العقد نظراً لهم . فإن أرادوا
قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا ، والمالك على الخيارات
الثلاثة لما بينا . قال وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس
والتذرية عليها بالحصص ،

وأبى رب الأرض فلم ذلك (أي قللورثة أن يعملوا إلى أن يستحصد الزرع) لانه لا
ضرر على رب الأرض ولا أجر لهم بما عملوا) سواء كان بقضاء قاض أو بغيره (لأننا
أبقينا العقد نظراً لهم) فلا يستحقون الاجر ، لان استحقاق الاجر إنما يكون إذا كان
الإبقاء نظراً لغيرهم (فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا) أشار به إلى
قوله لأننا أبقينا العقد نظراً لهم ، فلو أجبروا انقلب ضرراً عليهم (والمالك على
الخيارات الثلاثة) وهي القلع أو إعطاء قيمة نصيب المزارع أو الاتفاق على الزرع (لما
بيننا) أشار به إلى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل لا يجبر عليه .

(قال) أي القدوري (وكذلك أجرة الحصاد) أي كما أن النفقة عليها فيها إذا
انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كذلك عليها أجرة الحصاد وهو بفتح الحاء
وكسرهما لغتان وقوى بها في قوله سبحانه وتعالى ﴿ وآتوا حقه يوم حصاده ﴾ الآية ١٤١
الانعام (والدياس) وهو أن يوطأ الطعام بإطلاق البقر ، وتكون عليها ، يعني يخرجوا
حق يصير تبناً وهو مصدر داس الكرسي يدوسه دوساً ودياسة ودياساً ودياسة . وقال
الازهرى دياس الكرسي ودواسه واحد . وقال الكاكي والدياس سفل السيف ،
واستعمال الفقهاء إياه في موضع الدياسة جائز . قلت هذا يشير إلى ان الدياس ليس مصدراً
وإنما المصدر الدياسة ، وليس كذلك ، بل كلاهما مصدران كما ذكرنا . وقال السفناقي
(والرفاع) بكسر الراء وفتحها وهو أن يرفع الزرع إلى البيدر وهو موضع الدياس
وتسمية أهل مصر الجران ، وبالفارسية خرمن (والتذرية) من ذرا بالتشديد وهو تمييز
الحب من التبن ، الرياح (عليهما بالحصص) أي على رب الأرض والمزارع .

فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس
بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة ، والزرع لم
يدرك ، بل هو عام في جميع المزارعات . ووجه ذلك أن العقد
يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد ،
فيجب مؤنته عليهما .

(فان شرطاه) أي فان شرط المتعاقدان في العقد أخص الأشياء المذكورة (في
المزارعة على العامل فسدت) أي المزارعة . وعند الشافعي وأحمد لا تقصد لانه بدون
الشرط على العامل . وكذا لو شرطاه على رب الأرض . وكذا لو شرطاً في العقد عملاً
ليس من أعمال المزارعة على العامل أو رب الأرض فسدت . ولو شرطاً ما كان من
أعمالها لا تقصد ، لانه شرطاً لا يقتضيه العقد . وفي التنازل عن أبي يوسف إذا اشترط
على المزارع أن يحصده ويجمعه جاز ، وفيه كان محمد بن سلمة ونصير بن يحيى يجيزان
المزارعة بشرط الحصاد ولا أعرف أحد في زمانهما خالفهما في ذلك . وقال الفقيه أبو
الليث وبه نأخذ . وفي الخلاصة والسقبة والحمل إلى بيت رب المال كشرط الحصاد ،
وجوزه مشايخ بلخ .

(وهذا الحكم) أي اشتراط الحصاد ونحوه مفسد (ليس بمختص بما ذكر من الصورة
وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك ، بل هو عام في جميع المزارعات) ولما كان القدوري
ذكر هذه المسألة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما كان موهم اختصاصها
بذلك وقال الشيخ هذا الوم بقوله وهذا الحكم ... الخ

(ووجه ذلك) أي وجه فساد العقد باشتراط أجره أحد الأشياء المذكورة على
العامل ووجوب الاجرة عليهما (أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود) وهو
تتناهي الزرع بحصول المقصود (فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد) أي ولا عقد موجود
لا تنتهائه بانتها المدة (فيجب مؤنته عليهما) لان قضية العقد كون المؤنة عليهما إذ البناء
عليهما ، فإذا انتهى العقد لم يبق على العامل فيجب عليهما .

وإذا شرطاً في العقد ذلك ولا يقتضيه ، وفيه منفعة لأحدهما يفسد
العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل وعن أبي يوسف «رح»
أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتباراً بالاستصناع
وهو اختيار مشايخ بلخ «رح» . قال شمس الأئمة السرخسي
هذا هو الأصح في ديارنا . فالحاصل أن ما كان من عمل قبل
الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل ، وما كان منه بعد الإدراك
قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالخصاد والدياس
وأشباههما على ما بيناه .

(وإذا شرطاً في العقد ذلك) أي شرط (ولا يقتضيه) أي والحال أنه لا يقتضيه
العقد (وفيه منفعة لأحدهما) أي والحال أن في الشرط منفعة لأحد المتعاقدين (يفسد
العقد كشرط الحمل) أي حمل الحنطة ونحوها إلى منزل رب الأرض (أو الطحن) أي
أو شرط الطحن (على العامل) وكذا شرط التبنية .

(وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل) أي لتعامل الناس
بذلك (اعتباراً بالاستصناع) حيث جاز لتعامل الناس (وهو) أي ما روي عن أبي
يوسف (اختيار مشايخ بلخ «رح») كمحمد بن سلمة وأبي بكر البلخي وغيرهما (قال
شمس الأئمة السرخسي هذا هو الأصح في ديارنا) ذكره شمس الأئمة في المبسوط (فالحاصل)
أشار بهذا الكلام إلى أن الأعمال ثلاثة أقسام ، أشار إلى الأول بقوله (أن ما كان من
عمل قبل الإدراك) أي قبل إدراك الزرع (كالسقي والحفظ فهو على العامل) أي
كسقي الزرع وحفظه .

وأشار إلى الثاني بقوله (وما كان منه) أي من العمل (بعد الإدراك) أي إدراك
الزرع (قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالخصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه)
أشار به إلى قوله وجه إلى آخره ، وقيد بقوله في ظاهر الرواية احتراز عن ما روي عن

وما كان بعد القسمة فهو عليهما ، والمعاملة على قياس هذا ما كان
قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ ، فهو على العامل .
وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما . ولو شرط
والجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه ، وما كان

أبي يوسف أنه قال اشتراط هذا على العامل غير مفسد .

وأشار إلى الثالث بقوله (وما كان بعد القسمة فهو عليها) أي وما كان من العمل بعد
قسمة الخارج فهو على المتماقين كالحمل إلى البيت والطعن وأشباها ، لكن على كل واحد
منها في نصيبه خاصة لتمييز ملك كل واحد منها عن ملك الآخر ، فكان التدبير في
ملكه إليه خاصة (والمعاملة على قياس هذا) أي المساواة على قياس ما ذكر من التفصيل
في المزارعة (ما كان قبل إدراك الثمر من السقي) أي الذي كان قبل إدراك الثمر نحو
سقي الأشجار (والتلقيح) من لقحت النخلة إذا أطعمتها من ذكرها ، ومنه لقح الفعل
الناقة ، والريح السحاب إذا أودق منه المطر (والحفظ) أي حفظ الأشجار (فهذا على
العامل) هذه الجملة في محل الرفع على أنها خبر لقوله ما كان ، ودخلت الفاء لتضمن المبتدأ
معنى الشرط ، ومن هذا القبيل ضرب الجليد وإصلاح الأجاجين وتنقية السواقي وقطع
الحشائش المضرة ، ولا خلاف فيه لثلاثة والأجاجين هي الحفر التي يجمع فيها الماء
على أصول النخل .

(وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ) والجداد بكسر الجيم وبالดาล المهمة وهو
القطع ، والمراد قطع ثمرة النخل . وفي بعض النسخ كالجزاز بالراءين المعجمتين . وفي
المغرب الجزاز كالجداد بالفتح والكسر إلا أن الجزاز خاص في قطع الثمر ، والأول عام .
وعند الشافعي واحدة الجداد والحصاد والقيط على العامل لأنه من العمل . وعند الشافعي
وأحمد عليهما (فهو عليهما) خبر من قوله وما ذكرنا .

(ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه) وعين أحمد لا
يجوز . وكذا لو شرط الحمل إلى منزل رب الأرض ، وبه قال بعض الشافعية (وما كان

بعد القسمة فهو عليهما ، لأنه مال مشترك ولا عقد . ولو شرط
الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف
فيه . ولو أراد فصل القصيل أو جرد التمر بساً أو التقاط الرطب
فذلك عليهما لأنهما أنهما العقد لما عزموا على الفصل ، والجداد بساً
فصار كما بعد الإدراك والله أعلم .

بعد القسمة فهو عليهما (أي على المتعاقدين) لأنه مال مشترك ولا عقد (أي ولا عقد
موجود ، وسماه مشتركاً بعد القسمة باعتبار ما كان . وقيل باعتبار أن المجموع بعد القسمة
بينهما . ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معيناً في قرية يقال لهم شركاء في القرية
(ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه) أي في
هذا الشرط ، ولا خلاف للثلاثة فيه .

(ولو أراد فصل القصيل) أي قطع القصيل ، والفصل قطع الشيء ومنه للقصيل ،
وهو الشمبر يخبز أخضر لعلف الدواب والفقهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصبلاً مجازاً
(أو جرد التمر بساً) أي أو أراد قطع التمر حال كونه بساً ، والبسر ما يكون من
التمر ولم ينضج (أو التقاط الرطب) أي أو أراد التقاط الرطب (فذلك عليهما) أي
على ما ذكر من القصيل والجداد والإلتقاط على المتعاقدين (لأنها أنهما العقد) أي أتماء
وأفضياه (لما عزموا على الفصل والجداد بساً فصار كما بعد الإدراك) أي صار حكم هذا
الحكم ما بعد الإدراك الزرع والتمر حيث يكون العمل فيه عليهما فكذلك إذا انتهياه
قبل الإدراك (والله أعلم بالصواب) .

كتاب المساقاة

قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة . وقالوا جائزة

(مكتاب المساقاة)

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة ما يقول يجوزها . ولو ردد الأحاديث في معاملة النبي ﷺ بأهل خيبر ، إلا أن اعتراض موجبين ضرب إيراد المزارعة قبل المساقاة ، أحدها : شدة الإحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها . والثاني : كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة وهي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها القفوي هو الشرعى فهى معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها ، ولأهل المدينة لغتان يختصون بها كما قالوا للمعاملة مساقاة وللمزارعة مخابرة والاجارة بيع ، وللمضاربة مقارضة ، وللصلاة مسجد .

فإن قلت المفاعلة تكون بين اثنين ، وهنا ليس كذلك . قلت هذا ليس بلازم . ألا ترى إلى قولهم قاتله الله ومسافر فلان ^(١) أو لان العقد على السقى صدر من اثنين كما في المزارعة أو من باب التغليب .

(قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمرة باطلة) وبه قال زفر لأنها استجار ببيع ما يخرج وذلك مجهول أو معدوم فلا يجوز وقد تقدم بيان ذلك في المزارعة ، لان المساقاة كالزراعة عنده (وقالوا جائزة) أي قال أبو يوسف ومحمد جائزة ، وبه قال أحمد وأكثر العلماء . وعند الشافعى ومالك تجوز المساقاة ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمساقاة وشرط التبعية عند مالك أن يكون الأصل ضعف التبع لانه به يتحقق التبعية ، والمساقاة إنما تجوز عنده إذا شرط التفاوت والمؤن فيها تحتاج إليه الثمرة على العامل كلها ، ثم المساقاة

(١) هكذا تتابع الكلام في الأصل .

إذا ذكر مدة معلومة ، وسمي جزء من الثمر مشاعاً ، والمساواة هي
المعاملة في الأشجار والكلام فيها كاللحام في المزارعة . وقال الشافعي
« روح » المعاملة جائزة ، ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة

تجوز عند الشافعي في النخل والكرم فقط ، هذا في قوله الجديد . وفي قوله القديم يجوز
في كل شجرة لها ثمرة (إذا ذكر مدة معلومة ، وسمي جزء من الثمرة مشاعاً) أما المدة
فلأنها كالزراعة والإجارة فلا بد من بيان مدة معلومة . فلو دفع إلى رجل نخلاً ولم يذكر
مدة معلومة كان على أول ثمر يخرج من أول سنة استحساناً ، لأن العقد يقع على العمل في
المدة ، ولكل مدة وقت معلوم ينتهي فيه وينتهي ، فالثمرة الأولى متيقن دخولها في
العقد فجاز فيها العقد ، وما بعد ذلك غير متيقن فلم يصح العقد فيه . وأما تسمية جزء
مشاع من الثمرة فلأنها عقد شركة ، فإذا لم يكن المسمى جزءاً مشاعاً ربما يقضي إلى
قطع الشركة فلا يجوز كما في المزارعة .

(والمساواة هي المعاملة في الأشجار) قال في شرح الطحاوي والمساواة عبارة عن
المعاملة بصفة أهل المدينة ، وقد ذكرناه (والكلام فيها كاللحام في المزارعة) أي الكلام
في عقد المساواة . وفي بعض النسخ فيها وهو الاظهر أراد أن شرائط المساواة وهي
للشرائط المذكورة التي ذكرت في المزارعة .

(وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة) بأن يكون بين
النخيل والكرم أرض بيضاء يسقى بماء التنخيل وقد أخذ التنخيل مع الأرض معاملة جاز ،
حق لو كانت الأرض تسقى بماء على حدة لا يجوز . وفي الروضة في المعاملة ما بأن الأول
في أركانها وهي خمسة ، الأول : الماقدان . والثاني : متعلق العمل وهو الشجر وله ثلاث
شرائط ، الأول أن يكون نخلاً أو عنباً ، أما غيرهما من النبات يقسمان ما له ساق وما
لا ساق له . والأول ضربان ما له ثمرة كالتين والجوز والشمش والتفاح ونحوها ، وفيه
قولان القديم جواز المساواة عليها ، والجديد المنع . وعلى الجديد في شجرة القبول وجهان ،
جوزها ابن شريح ، ومنعها غيره . والأصح المنع . والضرب الثاني ما لا ثمرة له كالرك

والخلاف وغيره فلا تجوز المساقاة عليه . وقيل في الخلاف وجهان لا غنابة . والقسم الثاني ما لا ساق له كالبطيخ والقرع وقصب السكر والباذنجان والبقول لا تثبت في الأرض ولا تجنى إلا مرة واحدة فلا يجوز عليها كما لا يجوز على الزرع . وإن كانت تثبت في الأرض وتجنى مرة بعد مرة فالمذهب المنع . وقيل قولان أصحهما المنع . الشرط الثاني : أن تكون الأشجار مروية وإلا فباطل على المذهب . وقيل قولان كبيع الغائب .

الركن الثالث : الثمار فيشترط اختصاصها بالعاقدين مشتركة بينهما معلومة . فلو شرط قبض الثمار لثالث أو كلها لأحدهما فسدت .
الركن الرابع : العمل .

الركن الخامس : الصيغة ولا يصح بدونها على الصحيح ، وفيها الوجه السابق في العقود بالتراضي والمعاطاة ، ثم أشهر الصيغ ساقيتك على هذا التخييل بكذا وعقدت معك عقد المساقاة .

الباب الثاني في أحكام المساقاة : ويجمعهما حكمان ، أحدهما يلزم العامل والمالك ، والثاني في لزومها . أما الأول فكل عمل يحتاج إليه الثمار لزيادتها ، أو صلاح غمراها ويتكرر كل سنة فهو على العامل ، وما يجب عليه السقي وما يتبعه من إصلاح طريق الماء والاجاجين التي يقف فيها الماء وتنقية الآبار والأنهار من الحماة ونحوها وإدارة الدولاب وفتح رأس الساقية وشدها عند السقي على ما يقتضيه الحال . وفي سقيا النهر وقول ضعيف أنها على المالك وتقليب الأرض بالمساعي . وكذا تقويتها بالزبل ، ومنه التلقيح . ثم الطلع الذي يلقح به على المالك . وفي حفظ الثمار وجهان ، أصحهما على العامل واحد ، والثمرة على العامل على الصحيح وحفر الأنهار والآبار الجديدة والتي أنهاره وبناء الحيطان ونصب الأبواب والدولاب ونحوها على المالك ، وكذا عليه آلات العمل والأكياس والمول والنحل والمسحاة والشران والمذنان في الزراعة والثور الذي يدير الدولاب . وقيل على من شرطت له . الحكم الثاني أن المساقاة عقد لازم للإجارة ، ومثلك

لأن الأصل في هذه المضاربة والمعاملة أشبه بها ، لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل . وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح دون البذر بأن شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة أصلاً ، وجوزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى كما في

العامل حصّة من الثمرة بالظهور على المذهب ، وقيل قولان .

(لأن الأصل في هذه المضاربة) لأنها جائزة إجماعاً (والمعاملة أشبه بها) أي بالمضاربة من المزارعة (لأن فيه شركة) أي لأن في عقد المعاملة شركة (في الزيادة) وهو الثمر (دون الأصل) هو في الشجر كما في المضاربة الشركة في الربح دون رأس المال .
(وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح دون البذر بأن شرط رفعه من رأس الخارج يفسده) أي يفسد عقد المزارعة (فجعلنا المعاملة أصلاً ، وجوزنا المزارعة تبعاً لها) أي للمعاملة ، وفي بعض النسخ له ، أي عقد المزارعة (كالشرب في بيع الأرض) بكسر الشين وهو النصيب من الماء ، فإنه يرد عليه العقد تبعاً لبيع الأرض ويحوز بيعه بانفراده (والمنقول في وقف العقار) فإنه يصير وقفاً تبعاً للعقار ولا يحوز وقفه بانفراده إلى هنا من كلام الشافعي .

(وشرط المدة) أي شرط بيان المدة (قياس فيه) أي في عقد المساقاة (لأنها إجارة معنى) أي لأن المساقاة إجارة في المعنى لأنه استئجار للعامل ، وفي هذا لا يصير العقود عليه معلوماً إلا ببيان المدة ، فإذا لم يبينها لم يحز ، وبه قال الشافعي وأحمد . إلا أنه ينبغي أن يكون أقل المدة ما يمكن إدراك الثمر فيه ، وبه قال أحمد . واختلف أقوال الشافعي في أكثر مدة الإجارة والمساقاة . وقال في موضع إلى ثلاثين سنة . وقال ابن قدامة في المغني ، وهذا الحكم قال في موضع إلى ما أشار ^(١) وبه قال أحمد ومالك وأكثر العلماء (كما في المزارعة) كما يشترط بيان المدة في المزارعة ، حتى إذا لم يبينها تقصد .

(١) في الجملة خلل ، وربما سقط كلام صاحب المغني من النسخ ، اهـ مصححه .

المزراعة . وفي الإستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول
ثمر يخرج ، لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل
فيها ما هو المتيقن . وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة
إدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة .

(وفي الإستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ، ويقع على أول ثمر يخرج) يعني إن سكتنا
عن الوقت جاز استحساناً ، ويقع المقدر على أول ثمرة تخرج في تلك السنة ، وبه قال أبو
ثور وبعض أصحاب الحديث (لأن الثمرة لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت) أي الوقت
والثابت عادة كالثابت شرطاً ، فصارت المدة معلومة . فإن تقدم أو تأخر بذلك يسير
لا يقع بسببه منازعة عادة (ويدخل فيه ما هو المتيقن) وهو أول الثمر الذي يخرج في
تلك السنة ، فيثبت المتيقن لا ما وراءه ، فلو انتقضت تلك السنة ولم يخرج الثمر فيها
انتقضت المعاملة (وإدراك البذر) وهو بذر البقل ونحوه .

وقال الليث البذر كل حب يبذر للنبات ، ويقال بذرت وبذرتي . قال والبذر والحبوب
التي فيها صغير مثل بذر البقول وأشباهاها . وقال ابن دريد فأما قول العامة بذر البقل
خطأ إنما هي بزور . وقال الخليل البزر بزر الكتان ودهن البزر والكسر أفصح . والبذر
بالذال المعجمة ما عزل للزراعة من الحبوب كلها ، وبزر البذر زرعه . وقال ابن عباد في
المحيط البذر أول ما يخرج من البقل والعشب . وقال الأتزازي وقد وقع سماعنا في هذا
الموضع بالذال ، وارتفع إدراك البذر بالإبتداء .

وقوله (في أصول الرطبة) جملة وقعت صفة للبذر (في هذا) أي في عقد المساقاة
بدون بيان المدة (بمنزلة إدراك الثمار) خبر المبتدأ (لأن له) أي لإدراك البذر (نهاية
معلومة) عند المزارعين (فلا يشترط بيان المدة) فيه صورة المسألة دفع رطوبة قرب
جذائنها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بزرها على أن ما أخرج الله سبحانه وتعالى
من بذر فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتاً معلوماً جاز استحساناً كالثمر . وفي شرح الكافي
ولو دفع إليه رطوبة في الأرض قد صارت قراحاً ، يعني قد خرج ساقها من عروق ولم

بخلاف الزرع لأن ابتداه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً ،
والإنتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة . وبخلاف ما إذا دفع إليه
غرساً قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة

يبينه إلى أن تجز فدفمها إليه معاملة على أن يسقيها ويقوم عليها بالنصف ولم يسم وقتاً معلوماً ، فهذا فاسد ، لأنه ليس لنهايتها وقت معلوم ، لأنها تجري مرة بعد أخرى ، حتى لو كان للرطوبة^(١) لو دفعها إليه رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله من شيء فهو بينها نصفان ولم يسمياً وقتاً فهو جائز على ما اشترط إلا البذر من الرطب ينزل منزلة الثمر من الشجرة ، فصار كما لو دفع الأشجار معاملة ، على أن الثمر بينها نصفان فهو جائز كذلك هنا ، والرطبة لصاحبها لأنها لم تحدث بعمله ولم تردد .

(بخلاف الزرع) يتعلق بقوله وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ، يعني ذاك بخلاف المزارعة ، فلأنها تجوز بلا بيان المدة قياساً واستحساناً (لأن ابتداه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً) أي لأن ابتداء الزرع قد يكون في الخريف والصيف أو الربيع ، وما يزرع في الربيع يدرك في آخر الصيف ، وما يزرع في الخريف يدرك في آخر الربيع وما يزرع في الصيف يدرك في آخر الخريف ف وقعت الجملة في الابتداء (والإنتهاء بناء عليه) أي على الإبتداء (فتدخله الجهالة) أي إذا كان كذلك فيدخل هذا العقد جهالة مفضية إلى المنازعة ، فلا يجوز إلا ببيان المدة . أعلم أن كثيراً منصوب على أنه صفة لمصدر محذوف ، أي اختلافاً فاحشاً . وقوله خريفاً منصوب على الظرفية ، أي في خريف وصيف وربيع عطف عليه .

(وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق) أي نبت وهو بكسر الهمزة ، والغرس بكسر الغين وفتحها في معنى المفروس (ولم يبلغ الثمر) أي لم يبلغ حد الأثمار (معاملة) أي مساقاة ، وانتصابها على المصدرية من قوله من غير لفظه ، ولكن التقدير وإذا عامل رجلاً في غرس معاملة ، ويجوز أن ينصب على التعليل ، أي دفع لأجل المعاملة على أن

(١) هنا كلمة مكشوفة غير مقروءة ، اهـ مصححه .

حيث لا يجوز إلا ببيان المدة ، لأنه يتفاوت بقوة الأراضي
وضعها تفاوتاً فاحشاً . وبخلاف ما إذا وقع تخيلاً أو
أصول رطبة على أن يقوم عليها ، أو أطلق في الرطبة قصد المعاملة ،
لأنه ليس لذلك نهاية معلومة ، لأنها تنمو ما تركت في الأرض
فجهلت المدة ، ويشترط تسمية الجزء مشاعاً لما بينا في المزارعة ،

يقوم عليها ويسقيها فما خرج فهو بينها نصفان (حيث لا يجوز إلا ببيان المدة) وبه
قالت الثلاثة (لأنه) أى لأن الفرس (متفاوت بقوة الأراضي وضعها تفاوتاً فاحشاً)
لأن الأراضي إذا كانت أضرار خالصة قوية تحمل أشجارها بإسراع . وإذا كانت ضعيفة غير
خالصة تبطئ أشجارها في الحمل ، فلا بد من بيان المدة .

(وبخلاف ما إذا دفع تخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) مضاه حق تذهب
أصولها وينقطع بناها (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حق تذهب أصولها (قصد
المعاملة ، لأنه ليس لذلك نهاية معلومة ، لأنها) أى الرطبة (تنمو) أى تزيد من النمو
وهو الزيادة (ما تركت في الأرض) أى ما دامت تترك في الأرض (فجهلت المدة) فلا
يجوز . وفي شرح الكافي ولو دفع إليه أصول رطبة على أن يقوم عليها ويسقيها حتى
تذهب أصولها وينقطع نباتها ، فما خرج من ذلك فهو بينها نصفان فهذا فاسد . وكذلك
التخل والشجر ، لأنه ليس لزمان انقطاعه وذهاب أصوله وقتاً معلوماً ، فكانت المدة
مجهولة . وأما إذا دفع التخل أو أصول الرطبة معاملة على أن يقوم عليها مطلقاً ولم يقل
إلى أن يذهب أصولها وينقطع بناها ، وذلك جائز ، وإن لم يبين للمدة استحساناً إذا
كانت الرطبة جزء معلومة فيقع على أول جزؤه ، وفي التخل يقع على أول ثمرة تخرج ،
وإذا لم تكن للرطبة جزء معلومة فلا يجوز بلا بيان .

واعلم أن المصنف قد ترك في كلامه قيدين لا غنى عنهما ، فكان إيجازاً وقد بيناها
الآن (ويشترط تسمية الجزء مشاعاً) يتعلق بقوله وسمي جزءاً من الثمرة مشاعاً (لما بينا
في المزارعة) أشار به إلى قوله ولا تصح المزارعة إلى قوله إلا أن يكون الخارج بينهما
مشاعاً تحقيقاً لمعنى الشركة .

إذ شرط جزء معين يقطع الشركة . وإن سمياً في المعاملة وقتاً يعلم إنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج . ولو سمياً مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت ، لأننا لا نتيقن بفوات المقصود . ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد ، وإن تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد ، لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة ، فصار كما إذا علم

(وإن شرط جزء معين فيقطع الشركة) أى لأن اشتراط جزء معين من الخارج لأحدهما أو لغيرهما يقطع الشركة فتفسد المعاملة (فإن سمياً في المعاملة وقتاً يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها) أى في الوقت (١) بتأويل المدة (فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج) وبه قالت الثلاثة ، وهذا من مسائل الأصل ، ذكره تقريباً على مسألة القدوري (ولو سمياً مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها) أى عن المدة المذكورة (جازت) أى المعاملة ، وبه قال الشافعي رحمه الله في وجه واحد في رواية (لأننا لا نتيقن بفوات المقصود) ولا يعتبر قوم عدم الخروج ، لأن ذلك التوهم متحقق في كل معاملة ومزارة بأن يسلم الزرع آفة . وقال الشافعي في وجه واحد في رواية لا يصح ، لأنها عقد على معدوم .

(ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد ، وإن تأخر فللعامل أجر المثل) وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد في الأصح أيضاً . وقال الشافعي في وجه واحد في رواية لا يجب شيء ، لأنه رضي بالعمل بغير عوض ، فصار كالمتبرع وهو اختيار المزني (لفساد العقد لأنه يبين الخطأ في المدة المسماة ، فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء) يعني لو كان ذلك معلوماً عند ابتداء العقد لما كان العقد فاسداً ، فكذا إذا تبين في الانتهاء .

(١) هنا كلمة مكشوفة غير مقروءة ، اهـ مصححه .

ذلك في الإبتداء . بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً ، لأن الذهاب بآفة
فلا يتبين فساد المدة ، فبقي العقد صحيحاً ، ولا شيء لكل واحد
منهما على صاحبه . قال وتجاوز المساقاة في النخل والشجر والكرم
والرطاب وأصول الباذنجان . وقال الشافعي في الجديد لا تجوز
إلا في الكرم والنخل ،

(بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً ، لان الذهاب بآفة) يعني ما حدث من الآفة (فلا
يتبين فساد المدة) لعدم تبين خروج الثمار في المدة المذكورة (فبقي العقد صحيحاً)
وموجبه الشركة في الخارج ولا خارج (ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه)
لعدم الخارج .

(قال) أى القدوري (وتجاوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول
الباذنجان . وقال الشافعي في الجديد لا تجوز إلا في النخل والكرم) قال في القديم وتجاوز
في جميع الاشجار والثمر ، وبه قال مالك وأحمد والثوري وأبو ثور والاوزاعي وهو
قولهما أيضاً ، ولا يجوز الشافعي في الرطاب قولاً واحداً . وقال داود لا يجوز إلا في
النخيل خاصة ، لان الخبر إنما ورد في النخيل خاصة . وعن مالك أنه تجوز المساقاة في
المعاني والبطيخ والباذنجان كمذهبنا . وفي الجواهر أركان المساقاة أربعة ، الاول متعلق
للعقد وهي الاشجار وسائر الاصول المشتملة على شروط ، وهي أن تكون مما يجبي ثمرته
ولا تخلف ، واحترازاً به عن الموز والقصب والقرط والبقل ، لانه بطن بعد بطن ، وجزء
بعد جزء ، وأن يكون مما لا يحل بيعها ، فكل ما حل بيعه فلا تجوز المساقاة فيه ،
فإذا حل بيع الثمار أو غيرها أو المعاني لم تجز المساقاة عليها ، وإن عجز عنها . وقال
سحنون يجوز مساقاة ما جاز بيعه وهي إجارة بنصفه وأن يكون ظاهراً ، فلا يجوز
المساقاة عليه قبل ظهوره في الأرض .

الركن الثاني : أن يكون المشروط على الاستفهام معلوماً بالحرية لا بالتقدير .
والركن الثالث : العمل ، وشرطه أن يقتصر على عمل المساقاة ولا يشترط عليه عمل
آخر ليس منها .

لأن جوازها بالآثر وقد خصهما ، وهو حديث خبير . ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت . وأثر خبير لا يخصهما ، لأن أهلها يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً . ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معولة سيما على أصله ،

والركن الرابع: الصيغة كقوله ساقيتك على هذا النخيل بالنصف ، أو غيره . واختلف إذا عقد بلفظ الإجارة وأبطله ابن قاسم وصححه سحنون .

(لأن جوازها) أي جواز المساقاة (بالآثر وقد خصهما) أي وقد خص الآثر النخل والكرم (وهو حديث خبير) وقد مر بيانه في المنازعة .

(ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت) أي الحاجة في الجميع (وأثر خبير لا يخصهما) جواب على ما قال الشافعي خصهما ، أي حديث خبير لا يخص النخل والكرم (لأن أهلها يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً) لأنه روي أنه عليه السلام عامل أهل خبير بشرط ما يخرج منها زرع أو ثمر ، ولفظ الثمر عام في كل ثمر ، ولأنه جاز في لفظ بعد الأخبار أنه عليه السلام عامل أهل خبير بشرط ما يخرج منها من النخل والشجر ولفظ الشجر عام . وقال ابن حزم خالف الشافعي « رح » الحديث قد كان بخبير بلا شك بقل ، وكلما نبت في أرض الشرب من الرمان والموز والقصب والبقول فعاملهم النبي عليه السلام على نصف ما يخرج منها .

(ولو كان كما زعم) أي ولو كان الآثر يخص النخل والكرم كما زعم الشافعي (فالأصل في النصوص أن تكون معولة) فكان ينبغي للشافعي أن يبطله بعملة الحاجة مع وجودها (سيما على أصله) أي خصوصاً على أصل الشافعي ، فإن بابه عنده أوسع ، لأنه يرى التعليل بالعملة القاصرة فالتمنية في باب الربا ونحن لا نرى التعليل إلا بعملة متعديّة فيكون التعليل على مذهبه أعم عندنا ، وإن كان الأصل في النصوص التعليل ولكن لا بد من إقامة الدليل على أن النصوص معول في الحال ، وموضعه أصول الفقه . واعلم أن لفظة سيما كلمة تخصيص ، والمعنى أخص المذكور بالذكر نحو يقول أكرمني للناس ولا سيما زيد

وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد، وكذا ليس للعامل أن يترك العمل لغير عذر، بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه، قال فإن دفع نخلاً فيه ثمر مساقاة، والتمر يزيد بالعمل جاز، وإن كانت

وزيد وهي مركبة من سي وما، وسي بكسر السين بمعنى المثل، والتقدير في المثال المذكور، ولا سي، أى ولا مثله فمما موصوفة على تقدير الجسر وموصوفة على تقدير الرفع، أى لا سي الذى هو زيد، ويحوز منه النصب أيضاً على أن يكون لاسياً بمعنى إلا، وقد يزداد على أوله كلمة لا فيقول لا سياً فقد تحقق الباء، والتشديد أكثر فافهم.

(وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) ذكره تفريراً على مسألة القدوري (لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد) لان العقد لازم لا يصح فسخه إلا بعذر، والعذر لصاحب الكرم أن يكون عليه دين لا وفاء عنده إلا ببيع الكرم أو سرقة العامل (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) لما ذكرنا إلا أن يكون له عذر بأن عرض مرض يقعده عن العمل لا يقال ينبغي أن يأمر بأن يستأجر رجلاً ليقم على عمله، لان في ذلك ضرراً به لم يلتزمه بالمعاملة.

(بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر) يعني يحوز في المزارعة أن يمتنع صاحب البذر من العمل ولا يجبر عليه، لانه يلحقه الضرر في الحال بإلقاء بذره في الارض فلم يكن لازمة من جهته لما قدمنا، وفي بعض النسخ (على ما قدمناه) وفي بعضها على ما بينا وأشار به إلى ما ذكره في المزارعة بقوله وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه... الخ. وأما هاهنا فرب الكرم في المضي على العقد لا يحتاج إلى إتلاف شيء من ماله فيلزمه العقد من الجانبين.

(قال) أى القدوري (فإن دفع نخلاً فيه ثمرة مساقاة، والتمر يزيد بالعمل جاز) أى والحال أن الثمرة تزيد بالعمل جاز دفعه، وبه قال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية وأبو ثور. وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية لا يحوز (وإن كانت قد انتهت

قد انتهت لم يجز ، وكذا على هذا إذا دفع الزرع ، وهو بقل جاز .
ولو استحصد وأدرك لم يجز ، لأن العامل إنما يستحق بالعمل ، ولا
أثر العمل بعد التناهي والإدراك ، فلو جوزناه لكان استحقاقاً بغير
عمل ، ولم يرد به الشرع . بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى
العمل . قال وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله لأنه في معنى

لا يجوز (أى وإن كانت الثمرة قد انتهت لا يجوز الدفع .

(وكذا على هذا التفصيل إذا دفع الزرع وهو بقل جاز) أى والحال أن الزرع بقل
جاز الدفع (وإن استحصد وأدرك لم يجز) أى وإن قرب حصاده لأجل إدراكه لم
يجز . ولو قال وإن أدرك واستحصد يعني استحق الحصاد كان أصوب على ما لا يخفى
(لأن العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك ، فلو جوزناه لكان
استحقاقاً بغير عمل ولم يرد به الشرع) لأنها جوزت بالآخر فيما يكون أجر العامل بمحض
الخارج ولم يوجد عمله . (بخلاف ما قبل ذلك) أى ما قبل التناهي (لتحقق
الحاجة إلى العمل) .

فإن قلت ينبغي أن لا يجوز ، لأنه جعله أجر عمله بمحض موجوداً وبمضاً يخرج من
عمله ، وهذا يمنع الجواز كما لو دفع نخلاً قد طلعت على أن يقوم عليها بالنصف ، فيكون
النخل مع الثمر بينهما نصفين ، وكما لو دفع أرضاً مزارعة على أن الخارج من الأرض بينهما
نصفان . وكما لو شرطاً مع بعض الخارج للعامل ثوب أو دراهم . قلت هذا هكذا إذا كان
ما شرط من الموجود يصير أجراً لعمله مقصوداً لا تبعاً لما يخرج من عمله ، أما إذا كان هكذا إذا كان ما
يستحقه تبعاً لما يزداد من عمله ، فإن كان لا يتميز الموجود عما يزداد من عمله فإنه يجوز
المعاملة ، لأنه يجوز أن ينسأ لشيء تبعاً وإن لم يثبت مقصوداً ، بخلاف تلك المسائل ،
لأن هناك إنما يستحق الموجود مع ما يخرج من عمله مقصوداً لا تبعاً ، لأن كل واحد منها
يمتاز عن الآخر .

(قال) أى القدوري (وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله ، لأنه في معنى الإجارة

الاجارة الفاسدة ، وصارت كاللزارة إذا فسدت . قال وتبطل
المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها ، فإن مات
رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم عليه
كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر ، وإن كره ذلك ورثة رب
الارض استحقاقاً ، فيبقى العقد دفعا للضرر عنهم ولا ضرر فيه على الآخر
ولو التزم العامل الضرر بتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على
الشرط ، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر ، وبين أن ينفقوا

الفاسدة ، وصار كاللزارة إذا فسدت) المساقاة حيث يجب أجر المثل للعامل .
(قال) أى القدورى (وتبطل المساقاة بالموت لانها) أى لان عقد المساقاة (في
معنى الإجارة وقد بيناه فيها) أى في الإجارة (فإن مات رب الارض والخارج بسر)
ذكره تقريرا على مسألة القدورى وهو من مسائل الحال ، أى والاصل أن الخارج بسر ،
وهو الذى يكون ولم ينضج (فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن
يدرك الثمرة ، وإن كره ذلك ورثة رب الارض استحقاقاً) وفي القياس تنتقض العمالة
بينهما ، وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين إن شرطاً أنصافاً ، لان
صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج ، والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين .
وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله (فيبقى العقد دفعا للضرر عنه) أى عن العامل
(ولا ضرر فيه على الآخر) وهو وارث الميت ، وكان حق التركيب أن يقول على
الاخرين ومم الورثة (ولو التزم العامل الضرر) بأن قال إذا أخذ نصف البسر فله ذلك ،
لان بقاء العقد لدفع الضرر عنه ، فإذا رضى انتقض العقد بموت رب الارض ، إلا أنه
لا يملك إلحاق الضرر بالورثة ، فحينئذ (يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على
الشرط) الذى كانت بيت الميت وللعامل (وبين أن يعطوه) أى العامل (قيمة نصيب
من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر ،

على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر ، لانه ليس له إلحاق الضرر بهم ، وقد بينا نظيره في المزارعة . ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الارض ، لان فيه النظر من الجانبين . فإن أرادوا أن يصرموه بسراً كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بينها . وإن ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل ، لقيامهم مقامه ، وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار إلى وقت الادراك ، لا أن يكون وارثه في الخيار . فإن أبى ورثة العامل أن يقيموا عليه كان الخيار

لانه ليس له) أى لان الشأن ليس للعامل (إلحاق الضرر بهم) أى بالورثة (وقد بينا نظيره في المزارعة) أى نظير الحكم في باب المزارعة عند قوله وإن أراد المزارع أن يأخذه بقلاقل لصاحب الارض إقلع الزرع أصح .

(ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه) أى عمل المساقاة كما كان (وإن كره رب الارض) هذا واصل بما قبله ، وليست إن للشرط (لان فيه للنظر من الجانبين) لان في القيام على العمل النظر من جانب الارض وجانب ورثة العامل ، لان فيه تحصيل مقصودهم وتوفر حقوقهم (فإن أرادوا أن يصرموه بسراً) أى أن يفعلوا الخارج حال كونه بسراً (كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بينها) يعنى آنفاً (وإن ماتا جميعاً) يعنى صاحب الارض والعامل (فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه) أى مقام العامل (وهذا خلافة في حق مالي) هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال خيار الشرط لا يورث عندكم ، لانه عرض لا يقبل النقل ، فكيف يثبت هذا الخيار لهم ؟ فقال هذا ليس من باب توريث الخيار ، بل هذا خلافة في حق مالي مستحق عليه (وهو ترك الثمار على الاشجار إلى وقت الإدراك ، لا أن يكون وارثه في الخيار) أى الحق المالي وهو ترك الثمار ... إلى آخره . (فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك

في ذلك لورثة رب الأرض على ما وصفنا . قال وإذا انقضت مدة
المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والأول سواء ، والعامل أن
يقوم عليها إلى أن يدرك ، لكن بغير أجر ، لأن الشجر لا يجوز
استجاره بخلاف المزارعة في هذا ، لأن الأرض يجوز استجارها .
وكذلك العمل كله على العامل ما هنا . وفي المزارعة في هذا
عليهما ، لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على
العامل لا يستحق عليه العمل ، وما هنا لا أجر

إلى ورثة رب الأرض على ما وصفنا) أي آنفا .

(وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والأول سواء) أي انقضاء
المدة وموت العاقدین سواء في الحكم المذكور (والعامل أن يقوم عليها) أي على المعاملة
(إلى أن يدرك) أي البسر (لكن بغير أجر) أي أجر الشجر على العامل (لأن الشجر
لا يجوز استجاره) حتى لو اشترى ثماراً على رؤوس الأشجار ثم استأجر الأشجار إلى وقت
الإدراك لا يجوز وقد مر في البيوع .

(بخلاف المزارعة في هذا) أي فيما إذا انقضت المدة والزرع بقل (لأن الأرض
يجوز استجارها ، وكذلك العمل كله على العامل ما هنا) أي في المعاملة (وفي المزارعة
في هذا عليهما) أي في انقضاء المدة والزرع بقل على رب الأرض والعامل جميعاً (لأنه لما
وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق العمل عليه) تقديره أن
العمل في الزرع كان عليها بقدر ملكهما ، لأن رب الأرض لما استوجب أجر مثل الأرض
على العامل لم يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انقضاء المدة .

(وهنا) يعني في صورة المعاملة (لا أجر) يعني لا يستوجب صاحب النخل بعد
انقضاء المدة أجر مثل النخل على العامل كما كان لا يستوجب قبل انقضاء المدة لا يجوز
إجارة النخل إلى أن يدرك الثمر ، فكان كل العمل على العامل إلى حين الإدراك ، أشار

فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها . قال وتفسخ
بالاعذار لما بينا في الاجارات ، وقد بينا وجوه العذر فيها ، ومن
جملتها أن يكون العامل سارقاً يخاف عليه سرقة السعف
والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه
يفسخ به ، ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لان في
إلزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه ، فيجعل

إليه بقوله (فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها) أي قبل انتهاء المدة
ويستحق على صيغة المجهول في الموضعين . والحاصل أن في هذه الصورة لم تتغير على العامل
الأجر ، وهو الانتفاع بالأشجار مجاناً ، فيكون العمل كله عليه ، بخلاف فصل المزارع
لتغير الامر عليه بوجوب أجر المثل ، فافهم .

(قال) أي القدوري (وتفسخ بالاعذار) وهي ثلاثة ذكرت في المزارعة (لما بينا
في الإجازات) أراد قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المقنود عليها ، فصار جملة
الاعذار في الإجارة كالعيب قبل القبض ... الخ (وقد بينا وجوه العذر فيها) أي في
الإجازات (ومن جملتها) أي ومن جملة الاعذار (أن يكون العامل سارقاً يخاف عليه
سرقة السعف) بفتح السين والعين المهملتين وفي آخره فاء وهو جريد النخل يتخذ منه
الزنبيل والمراوح ، قاله الكاكي . وقال اللبث أكثر ما يقال له السعف إذا يبس ، وإذا
كانت السعف رطبة فهي رطبة ، فيقال سعفه وسعفات . وقال الأزهري
يقال للجريد يقسمه سعف أيضاً ، والصحيح أن الجريد الأغصان ، والورق السعف (والثمر
قبل الإدراك) قيد به لانه بعد الإدراك يقسم ، فلا يخاف من السرقة (لانه يلزم صاحب
الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به) أي بالضرر ، أي بسببه .

(ومنها) أي ومن الاعذار (مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لان في إلزامه
استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه ، فيجعل ذلك عنراً) لان في إلزام العامل
أن يستأجر الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه ، فيجعل عذراً . الحاصل أن هذا

ذلك عذراً . ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً ،
فيه روايتان ، وتأويل أحدهما أن بشرط العمل بيده فيكون
عذراً من جهته . ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة
يفرس فيها شجراً على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض
والفارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصله
قبل الشركة لا بعمله .

كالبواب عن موال مقدر تقديره ان يقال لم لا يؤمر بالاستعجار للعمل كاللكارى إذا مرض
فيل له ابعت الدواب على يد غلامك أو تلميذك . فأجاب بأن في إلزامه ... إلى آخره .
وأشار بقوله ولم يلتزمه أن استعجار الاجر ليس متعارف فلا يكون مستلزماً ، بخلاف
بعث الدواب على يد العبد أو التلميذ متعارف .

(ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً ، فيه روايتان) ذكره تقريباً
على مسألة القدوري ، أي في كون ترك العمل عذراً روايتان في إحداها لا يكون عذراً
ويجبر على ذلك ، لأن المقد لازم لا يفسخ إلا من عذر ، وهو ما يلحقه به من ضرر ،
وهما ليس كذلك ، وفي الاخرى عذر .

(وتأويل إحداها) أي أحد الروايتين (أن يشترط العمل بيده فيكون عذراً من
جهته) يعني إذا اشترط عليه العمل بنفسه وتركه كان ذلك عذراً في فسخ المعاهدة ، أما
إذا دفع إليه النخل على أن يعمل فيها بنفسه وأجرته فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون
تركه العمل عذراً في فسخ المعاهدة .

(ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة يفرس فيها شجراً على أن تكون
الأرض والشجر بين رب الأرض والفارس نصفين لم يجز ذلك) أي هذا المقد ، وبه
قالت الثلاثة ، وهذا من مسائل الاصل ، ذكره تقريباً على مسألة القدوري (لاشتراط
الشركة فيما كان حاصله قبل الشركة) وهو الأرض (لا بعمله) أي لا بعمل العامل ،
فصار كما لو دفع النخل والشجر ليكون النخل والثمر بينهما ، وكما إذا دفع الأرض ليزرع

وجميع الثمر والغرس لرب الارض ، وللغراس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل ، لانه في معنى قفيز الطحان ، إذ هو استئجار بيعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله ، لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها . وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى ، وهذا أصحها ، والله أعلم .

ليكون الزرع والارض بينهما (وجميع الثمر والغرس لرب الارض ، وللغراس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل ، لانه في معنى قفيز الطحان ، إذ هو استئجار بيعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد) كما لو استأجر صباغاً لصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ وهو فاسد ، لانه في معنى قفيز الطحان الذي نهى رسول الله ﷺ عنه (وقد تعذر رد الغراس) بكسر الفين المنجمة وهو فعلان التخل (لاتصالها) أي لاتصال الغراس (بالارض فيجب قيمتها) أي قيمة الغراس . وقال الاتوازي أن الضمير الموث راجع إليه على تأويل الاغراس . قلت لا حاجة إلى هذا التأويل ، لان الغراس جمع غرس . قال في العباب والغرس الشجر الذي يغرس والجمع أغراس وغراس ، فعينئذ ثابث الضمير في مستحقه ، فكانه قوم أنه مفرد ، فكذلك تكلف ما ذكره . (وأجر مثله) أي يجب أجر المثل للغراس (لانه) أي لان الاجر (لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها) أي بدون العمل ، وللتحقيق فيه إنما يلزم صاحب الارض قيمة الغرس ، لان الغراس آلة ليكمل فيها الارض بستاناً ، فإذا فسد العقد بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهي متقومة ، فيلزمه قيمتها لما تعذر ردها للاتصال بأرضه وهو عين تقومه بنفسه ، فلا يدخل أجر العمل في قيمته ، فيلزمه مع قيمة الأشجار أجر مثل عمله ، لأنه أسمى عرضاً فلا يسلم له ذلك ، فيستوجب أجر المثل . (وفي تخريجها) أي وفي تخريج هذه المسألة (طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى) وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه ، أو شراء به جميع الغراس

بنصف أرضه ونصف الخارج ، فكان عدم جواز هذا العقد بحالة الفراغ نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونها في معنى قفيز الطحان (وهذا أصحها) أي المذكور في الهداية أصح الطريقين ، لأنه نظير من استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه من أن يكون نصف المصبوغ كما ذكرنا ، فيكون في معنى قفيز الطحان ، والله أعلم .

كتاب الذبائح

(كتاب الذبائح)

قال الشراح كلهم : المناسبة بين المزارعة والذبائح لكونها إتلافاً في الحال للاقتفاع في المال ، فإن الزراعة إنما تكون بإتلاف الحب في الأرض بما يثبت فيها ، والذبائح إتلاف الحيوان بإزهاق روحه في الحال للاقتفاع بلحمه بعد ذلك . قلت كان ينبغي ان يذكر المناسبة بين الذبائح والمساواة لأنها مذكورة عقب المساواة دون المزارعة ، وكل من المزارعة والمساواة مستندة بأداتها مخصوصة بإحكامها ، ولهذا صرح كل منها بالكتاب ، ولو كانت المساواة تابعة للمزارعة من كل وجه .

يقال بأن المساواة على ما لا يخفى ، ولكن يمكن أن يقال ان وجه المناسبة بين المساواة والذبائح من حيث التضاد ، فان المساواة إحياء النخل والشجر ، وفي الذبائح الإماتة . ولو قلنا إن المساواة تابعة للمزارعة فالمناسبة بينهما ما ذكرنا ايضاً لأن في المزارعة إحياء الأرض وهذا مما نسج به خاطري ، فقل المراد أن يأتي بوجه أحسن منه وإلا فليبرهوا عن القلب في عوض الغير ظناً منه انه على شيء .

ثم الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم لما ذبح وكذلك الذبيح بكسر الهمزة وسكون الباء . قال الله سبحانه وتعالى ﴿ وفديناه بذبيح عظيم ﴾ فعل بمعنى مفعول ، والذبيح المنذوح ، والانتى ذبيحة ، وإنما جاءت بالهاء لقلب الاسم عليها ، وأصل الذبيح الشق . قال كان بين فكها واللفك فارة مسك ذبحت في سك ، أى فقيت ولكنه يستعمل في قطع الاوداج . والذكاة الذبح ايضاً سمي به لأنه يجوز أن يكون في اللغة مأخوذاً من أحد الأمرين ،

قال الذكاة شرط حل الذبيحة

إما من الحدادة يقال سراج ذكي إذا كان - نيرا غاية - لأنه حينئذ في غاية الحدة ، ويقال فلان زكي إذا كان سريع الفهم لحدته خاطره ، ويقال مسك ذكي إذا كان يقدح غاية واما من الطهارة ، قال ﷺ دباغ الأديم ذكاته ويعجوز إطلاقه على الذبح لكلا المعنيين لما فيه من سرعة الموت وطهارة المذبح عن الدم المسفوح الذي هو نجس .

ثم الذبح مباح شرعاً وغير محظور عقلاً ، وقالت الأولوية والهيضانية الضلال من الجحوس محظور عقلاً ، فلا يرون إباحة ذبح الحيوان ، قالوا فيه إذهاب الربح الذي هو من اجزاء الفور ، وذهب العراقيون إلى أن الذبح محظور عقلاً ، ولكن الشرع أحله لأن فيه اضراً بالحيوان ، وقال الشيخ ابو الحسن القدوري «رح» في شرحه الذبائح محظورة بالمقل لأن الأشياء في الاصل عندنا على الإباحة إلا ما كان فيه ادخال ضرر في الحيوان . وقال شمس الائمة السرخسي : هذا عندي باطل ، لان رسول الله ﷺ كان يتناول اللحم قبل بيعته ، ولا يظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام ، فمرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفه .

وأجيب بأنه يعجوز أن يكون ما كان يأكل كانوا يذبحون ذبائح أهل الكتاب ، وليس الذبح كالكذب والظلم لأن المحظور العقلي ضربان : ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة ، وما فيه نوع تجويز من حيث مقدار منفعته فيجوز أن يرد الشرع بإباحته وتقدم عليه قبله نظراً الى نفعه كحجامة الاطفال وتداويه بما فيه ألم ، قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر . أما الاول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه ويصطاد بنفسه قبل البعثة ، وأما الثاني فلذلك يحتاج إلى دليل فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه يأكل من ذبائح أهل الكتاب قبل البعثة ، فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيئاً من الذبيحة إلا بعد البعثة ؟ .

(قال الذكاة شرط حل الذبيحة) . قال الاترازي وهذا وقع خلاف وضع الكتاب لانه إذا ذكر لفظاً قال في اول المسألة كان يشير به إلى ما ذكره في الجامع الصغير أو مختصر

لقله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ ولان بها يميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فإنها تنبئ عنها ومنه قلوه عليه السلام ذكاة الأرض يبسها

القدوري ، وهنا لم تقع الإشارة إلى أحدهما ولهذا لم يذكره في البداية ، وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال ، أو يقول قال العبد الضعيف مشيراً به إلى نفسه ، قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال بإخمار الفاعل وأراد به نفسه ، فهذا أيضاً مثله ولا يلزم تعيين الفاعل .

ألا ترى انه عند إسناد القول إلى القدوري أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله ، فكذلك عند اسناده إلى نفسه ، ولا يخفى هذا إلا على من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ، ومن لم يميز بينها لا يستحق الخوض في الهداية (لقله سبحانه وتعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾) بعد قلوه ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾ استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالاً .

والمترتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها ، لكن لما كان الحل ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً (ولان بها) أى بالذكاة ، وذكر الضمير باعتبار الذبح (يميز الدم النجس من اللحم الطاهر) ولا يلزم الجراد والسماك لان حلها بلا ذبح ثبت بالنص ، وفي السنة المشهورة فخرجنا من عموم الآية (وكما يثبت به) أى بالذكاة على تأويل الذبح (الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره) أي غير المأكول إلا الآدمي والخنزير ، فإن الذكاة لا تلحقهما .

قال الفقيه أبو الليث وذكر عن الكرخي أنه قال : إذا صلى ومعه شيء من لحم السباع وقد ذبح جازت صلاته ، ولو وقع في الماء لم ينجسه . وكان الفقيه أبو جعفر يقول هو نجس لا يجوز الصلاة معه ولو وقع في الماء أفسده ، وهو موافق لقلو نصير وبه نأخذ هكذا ذكره في النوازل في كتاب الصلاة .

(فإنها تنبئ عنها) أي فإن الذكاة تنبئ عن الطهارة (ومنه قلوه عليه السلام ذكاة الأرض يبسها) أي ومن كون الذكاة عبارة عن الطهارة لقلوه عليه السلام : ذكاة الأرض يبسها ، أي

وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحين ، واضطرارية وهي الجرح في أي موضع كان من البدن . والثاني كالبدل عن الأول ، لانه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول ،

طهارة الأرض عن رطوبة النجاسة يبسها بالشمس أو الهواء ، وهذا ليس بحديث . قال في الفائق : هو من كلام محمد بن علي وهو محمد بن الحنفية لا من كلام النبي ﷺ .

قلت أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي جعفر محمد بن علي قال : ذكاة الأرض يبسها ، وأخرج عنه وعن أبي قلابة قال : إذا جفت الأرض فقد ذكيت .

وروي عن عبد الرزاق في مصنفه وقال : أخبرنا معمر عن أيوب عن أبي قلابة قال : جفوف الأرض طهورها . والمعجب من صاحب النهاية وشيخه الكاكي قبله كيف لم يتعرضا لهذا وسكتا عليه جزماً منها انه حديث الرسول ﷺ ، وآفة هذه الاشياء التقليد .

وقال في القاموس ^(١) معناه : إذا يبست الأرض من رطوبة النجاسة فذاك يطهرها كما أن الذكاة يحل ^(٢) الذبيحة ، وثم قال الذكاة الحياة ، من ذكت النار إذا حيت واشتعلت وكان الأرض إذا نجست ماتت وإذا طهرت حيت (وهي) أي الذكاة على نوعين ، أحدهما ذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحين) . أراد أن ذكاة الاختيار وخرج مقدور وهو قطع الادراج في محل معلوم وهو ما بين اللبة واللحين . واللبة بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة ، وفسرها الشراح بالصدر وليس كذلك ، إنما هو طرف المصدر من ناحية الصدر .

قال في الباب : اللبة للنحر ، والصدر ليس بموضع النحر ، واللحي بفتح اللام ، وسكون الحاء وهو منبت اللحية من الانسان وغيره ، والثاني ذكاة (واضطرارية وهو الجرح في أي موضع كان من البدن) وعند بعضهم جرح مدى ، في أي محل كان ، والأصل في باب الذكاة هو الأول .

(والثاني كالبدل من الأول لأنه لا يصار إليه) أي إلى الثاني (إلا عند العجز عن

(١) الفائق - هامش . (٢) تحل - هامش .

وهذا آية البدلية، وهذا لان الاول اعمل في إخراج الدم، والثاني أقصر فيه . فاكتمى به عند العجز عن الاول ، إذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد، إما اعتقاداً كالسلم ، أو دعوى كالكتابي ، وأن يكون حلالاً خارج الحرم .

(الأول) أى عن الذكاة الاختيارية وانما قال : كالبدل ولم يقل بدل لأن الإبدال عرفت بالنص ولم يرد فيه نص وقد وجدت فيه اشارة البدلية، وقال : كالبدل (وهذا آية البدلية) أي المصير إلى الثاني عند العجز عن الاول علامة البدلية .

(وهذا) أي كون الاول مبدلاً عنه ، والثاني كالبدل (لأن الأول أعمل في إخراج الدم) أي لأن الجرح فيما بين اللبة واللحين أكثر عملاً في إخراج دم المسفوح النجس . (والثاني أقصر فيه) أي الخروج في أي موضع كان أكثر من البدن اقتصر في إخراج الدم . (فاكتمى به) أي إذا كان كذلك اكتمى بالثاني (عند العجز عن الأول) أي عن الجرح فيما بين اللبة واللحين .

(إذ التكليف بحسب الوسع) كلمة « إذ » للتعليل ، أي لأن التكليف بحسب وسع المكلف ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ . (ومن شرطه) أي شرط الذابح (أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ، إما اعتقاداً كالسلم) أي إما من حيث الاعتقاد (أو دعوى كالكتابي) أي أو من حيث الدعوى كالكتابي ، فإنه يدعى التوحيد بخلاف الجوسى فإنه ليس له ملة التوحيد ولا دعوى ولا اعتقاد إلا أنه يقول لصانعين أحدهما خالق الخير والآخر خالق الشر ، فلا تحل ذبيحته . ولو قال صاحب ملة التوحيد إما الاعتقاد أو الدعوى كالسلم وإما دعوى كالكتابي لكان أحسن .

(وان يكون حلالاً خارج الحرم) أي ومن شرطه ان يكون الذابح حلالاً غير محرم هذا الشرط في الصيد . وأن لا يكون في الحرم ، وان المحرم لا تحل ذبيحته سواء كان في الحرم أو خارج الحرم . والحلال لا تحل ذبيحته في الحرم وله شروط غير ما ذكر ، فكذلك قال : ومن شرطه ثمن البضية . وفي الغاية فاما شرط وقوع الذكاة ذكاة أربعة أشياء :

على ما نيينه إن شاء الله تعالى ، قال : وذبيحة المسلم والكتابي حلال
لما تلونا ، ولقوله تعالى : ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ .

آلة جارحة بالاجماع ، وأن يكون الذابح ممن له ملة التوحيد على ما بيناه . والثالث
أن يكون المحل من المحلات ، إما من كل وجه كما كُول اللحم أو من وجه
عندنا بأن كان مما يباح الانتفاع بجلده ، إن كان مما لا يحل أكله ، والرابع التسمية وهي
شرط عندنا خلافاً للشافعي « رح » .

وفي الاجناس يعتبر في حصول الذكاة أربع شرائط : أحدها صفة في الفاعل بأن
يكون معتقداً بكتاب نزل في دين مقر فيه . والثاني صفة في الفعل وهو وجود ذكر الله سبحانه
وتعالى في حق المذكي . والثالث صفة في الآله بأن يكون ما يقطع له حدة . والرابع
صفة في الموضع فيه وهو قطع الأوداج . والأوداج أربعة : الحلقوم والمرى والودجان
(على ما بيناه إن شاء الله تعالى) أي في الكتاب .

(قال) أي القدوري « رح » (وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا) أراد به قوله
سبحانه وتعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ لأن الخطاب عام . (ولقوله سبحانه وتعالى ﴿ وطعام
الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾) قال البخاري « رح » في صحيحه قال ابن عباس « رض » :
طعامهم ذبائحهم .

وقال الأزهري : لا بأس بذبيحة نصارى العرب ، فإن سمعته يسمى بغير الله فلا
تأكل ، وإن لم تسمعه فقد أحله سبحانه وتعالى وعلم بكفرهم . ويذكر عن علي
رضي الله تعالى عنه بوجه انتهى . ولا يجوز أن يحل طعامهم على غير الذبائح لأنه لو كان
كذلك لم يخص بأهل الكتاب . فان قلت هذا ألم يكتف بالآية الواحدة . قلت لما استقر (١)
أن يقال إلا ما ذكيتم عام مخصوص بخروج الوثني والمرتد والمجوسي ، فلا يكون قاطعاً في
الإفادة ضم إليه الآية الأخرى .

ثم ذبيحة الكتابي حلال مطلقاً سواء كان قاتلاً بثالث ثلاثة أو بغير ، وقال الشافعي

(١) استقسم - هامش .

« رح » في وجهه : اذا اعتقد ان المسيح والعزير ابن الله لا يحمل . ولا يتفاوت في كون الكتابي حربياً أو ذمياً بإجماع أهل العلم ، فلو ترك الكتابي التسمية عمداً أو ذبح وسمى باسم المسيح لم تحمل ذبيحته بإجماع الفقهاء وأكثر أهل العلم .

وعن عطاء « رح » ومجاهد « رح » ومكحول « رح » : إذا ذبح النصراني باسم المسيح حل لأنه أحل لنا ذبيحته . وقد علم انه سيقوله ، ولنا قوله سبحانه وتعالى ﴿ وما أهل لغير الله ﴾ أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم . فقال علي رضي الله تعالى عنه : إذا سمعتموه ويسمي بغير الله فلا تأكلوه . وهو قول عائشة « رض » وابن عمر « رض » وابن أبي الدرداء « رض » والحسن عن جماعة رضى الله تعالى عنهم . وفي المستصفى ، هذا إذا لم يعتقد أن المسيح إله ، أما إذا اعتقد فهو والمجوسى سواء فلا تحمل ذبيحته ، وهذا مخالف لعامة الروايات ولظاهر الكتاب ، وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ يا أهل الكتاب لا تغفلوا في دينكم ﴾ . مع انهم قالوا المسيح ابن الله ، وسئل ابن عباس عن ذبائحهم فقال : فقد أحل الله لكم ، فقبل انهم يهلون لغير الله ، فقال إن الذي أحل ذلك منهم هو أعلم بما يقولون .

ولو ذبح الكتابي ما حرم الله سبحانه وتعالى عليه مثل كل ذي ظفر قال قتادة « رض » هي الإبل والنعام والبط وما ليس مشقوق الاصابع ، أو ذبح دابة لها شحم بخير عليه يحمل عند الأكثر . وحكى عن اليهودي في المالك يذبح الشاة لا يأكل من شحمها . قال احمد « رح » : هذا مذهب دقيق ، فظاهر هذا انه لم ير صحيحاً لأنه سبحانه وتعالى قال : ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب ﴾ وهذا ليس من طعامهم ، فقال الضحاك « رح » ومجاهد وسوار ومالك والقاضي الحنبلي ، وقلنا المراد من طعامهم ذبائحهم عما ذكرنا ولأن المراد من طعامهم لا يجوز ان يكون عاماً بالاتفاق لأن الخنزير والميتة والدم من طعامهم وهو حرام بالاجماع .

وقولنا قول عمر وعلي « رض » وابن مسعود « رض » وعائشة « رض » وأبي الدرداء وابن عباس وابن عمر وأبي أمامة الباهلي وعبادة بن الصامت والعرباض بن سارية وأكثر الصحابة والتابعين رضى الله عنهم ، ثم عند الشافعي « رح » : كل من دخل في دين كتابي

ويحل إذا كان يعقل التسمية

بعد بعث النبي ﷺ وأولاده لا يحل ذبيحته ولا ذبيحة من يخرج من دين كتابي الى كتابي كالمرتد عن الإسلام، والمتولد من كتابي وغير كتابي يحل صيده وذبيحته وبه قال الشافعي «رح» في قول ومالك وأحمد: إذا كان الأب كتابياً وإلا لا تحل في رواية عن أحمد وفي قول لا يحل تغليبا للحرمة ، وعندنا هو تتبع خير الأبوين ديناً .

وقال الكرخي في مختصره ويجوز ذبح الصابئين عند أبي حنيفة «رح» ، وم أهل كتاب وم فرقة من النصارى عنده . وليس يريد الضرب الآخر من الصابئين الذين لا يؤمنون بعميسى عليه السلام ولا يقرون بنبوته ولهم شرع آخر ليس النصارى عليه ، فهؤلاء لا تؤكل ذبائحهم .

وقال القدوري «رح» في شرحه وإنما أجاب أبو حنيفة «رح» على من يؤمن بنبي وكتاب ويعظم الكواكب لتعظيم المسلم القبلة وما حلا الأمر على من يعظم الكواكب ، أو يعظم عباده ، فهو عابد وثن ، فلا يجوز اكل ذبيحته . ثم قال القدوري : وحال هذه الفرقة مشكلة لأنهم يدينون بكتبان اعتقادهم فلا يعرف حالهم .

فأما حل أبي الحسن لقول أبي حنيفة «رح» على صابئ يؤمن بعميسى عليه السلام فهو من لا يعرفه منهم ، وإنما يؤمنون بإدريس عليه السلام ويعظمونه دون غيره من الأنبياء . وقال أبو بكر الرازي «رح» في شرحه تختصر الطحاوي . لا خلاف بينهم في المعنى في هذه المسألة . وذلك ان الصابئين طائفتان : طائفة منهم يحلون دين المسيح عليه السلام ويقرون بالإنجيل ، وهم في ناحية البطيحة من عمل واسط ، فهؤلاء في قولهم جميعاً تؤكل ذبائحهم . وفرقة أخرى من الصابئين في ناحية حران وديار ربيعة ، لا ينحلون كتاباً لني ويمبدون الكواكب والأصنام فهؤلاء أهل الأوثان لا تؤكل ذبائحهم ولا تتكح نساؤهم في قول أصحابنا جميعاً .

(ويحل إذا كان) لذابح (يعقل التسمية) وقيل يعقل لفظ التسمية ، وقيل يعلم ان حل الذبيحة بالتسمية . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» في شرح المبسوط يعقل التسمية والذبيحة بأن كان يعقل انه يباح بالتسمية ، ولا يباح بغير التسمية ، وذلك لأنه

والذبيحة ويضبط وإن كان صبيّاً أو مجنوناً أو امرأة . أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل ، لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص ، وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا .

مق لم يعقل التسمية لا يصح منه التسمية كالا يصح منه الإسلام مق لم يعقل الشهادة ولا البيع ولا التكاك إذا لم يعقل المعاملات . والتسمية شرط الإباحة وقال في الأصل أ رأيت الصبي يذبح ويسمي هل تؤكل ذبيحته . قال إن كان يضبط ويعقل التسمية والذبيحة فلا بأس به ، وإن كان لا يعقل ذلك فلا (والذبيحة) أي ويعقل الذبيحة . وفي النسخ الصحيحة والذبيحة بكسر الذال ومكون الباء ، والمعنى ويعقل كيف الذبح . (ويضبط) شرائط الذبح من قطع الأوداج وغيره وضبط الشيء حفظه بالحرم .

(وإن كان صبيّاً) أي وإن كان الذابح صبيّاً بعد أن كان يعقل ويضبط ، (أو مجنوناً) قال السفناقي « رح » أي معتوها ، فالجئون لا قصد له ولا بد منه كما ذكر في الحجر هكذا ، وبه قال الشافعي « رح » في الأظهر ومالك « رح » وأحمد « رح » : وإذا كانا لا يعقلان لا يصح ، وبه قال مالك « رح » ، وأحمد « رح » ، والشافعي « رح » في وجه وفي وجه يصح .

وفي كتاب التفريع للمالكية ولا يجوز ذبيحة السكران ولا المجنون (أو امرأة) أي أو كان الذابح امرأة ولا خلاف فيه (أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية ، والذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا) أي بما إذا كان يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا أي بما إذا كان يعقل التسمية والذبيحة (والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا) أشار به إلى الآيتين وهما قوله سبحانه وتعالى ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ لأن الخطاب عام وإنما قيد بالأقلف احترازاً بما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنها أنه كان يكره ذبيحته . وفي الدراية ولا خلاف فيه لعامة العلماء إلا ما

واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلي لان
الشرط قيام الملة على ما مر . قال : ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله
عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا

ما روي عن ابن عباس « رض » انه قال : شهادة الأقف وذبيحته لا يجوز ، وهو رواية
عن أحمد وذبيح الأخرس يجوز بإجماع العلماء ولا خلاف فيه ، والأقف الذي لم يتخير
وهو الأقف ، وهو من القلفة ، وهي الجلية التي يقطعها الحتان من رأس الذكر ، وكذلك
القلفة أشار به إلى الآيتين . ومما قوله سبحانه وتعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ وقوله سبحانه
وتعالى . ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب ﴾ لأن الخطاب عام .

(واطلاق الكتابي) يعني في القدوري وطعامه وذبيحة المسلم والكتابي حلال .
(ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلي) عطف التغلي على العربي من عطف
الخاص على العام لأن تغلب قوم فلاحون يسكنون بعرب الروم وهو بفتح التاء المثناة
وسكون الغين المعجمة وكسر اللام وفي آخره باء موحدة ، والتسمية اليه تغلبي بفتح اللام
استيحاشا لتوالي الكسرتين مع ياء النسب . وربما قالوه بكسرها ، لأن فيه حرفين غير
مكسورين وفارق النسبة إلى ثمر .

وقال الكرخي في مختصره : ولا بأس بذبح نصارى بين تغلب الفلاحين وغيرهم ،
وذلك لأنهم على دين النصارى وان لم يتمسكوا بكل شرائعهم فصاروا كالنصارى الأصليين
إذا لم يتمسكوا ببعض الشرائع .

وفي شرح الأقطع : وقد قال الشافعي « رح » ان ذبائح بني تغلب وذبائح نصارى
العرب لا تؤكل ، وهذا لا يصح (لأن الشرط قيام الملة على ما مر) . أشار به إلى قوله :
ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقاداً كالسلم ، أو دعوى
كالكتابي ، قيل فيه نظر لأن وجود الشرط لا يستلزم المشروط ، وأجيب بأنه شرط في
معنى الملة فافهم .

(قال) أي القدوري « رح » ، (ولا تحل ^(١) ذبيحة المجوسى لقوله ﷺ « سنوا بهم

آكلي ذبائحهم ولأنه لا يدعي التوحيد فأنعدمت الملة اعتقاداً ودعوى.

سنه أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » . وفي بعض النسخ ولا تؤكل ذبيحة المجوسي ، وهذا الحديث بهذا اللفظ غريب وإنما المروي هو الذي أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة رحمهما الله في مصنفيهما عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ، فإن قلت هذا مرسل ومع إرساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع .

وقد اختلف فيه قال ابن القطان : وهو بمن ساء حفظه بالقضاء كشريك وابن أبي ليلى « رح » . ولأجل هذا ذهب بعض أهل الظاهر أن حكم المجوسي كحكم الكتابي وروى ذلك أيضاً عن ابن المسيب « رض » نسب هذه الرواية وإن كانت مرسلة فقد رواه الواقدي « رح » مسنداً ، قال ابن سعد في الطبقات أخبرنا محمد بن عمر الواقدي « رح » حدثني عبد الحكيم بن عبد الله بن أبي فروة عن أبي عبد الله بن عمرو بن سعيد ابن أبي سعيد بن العاص « رض » أن رسول الله ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فإن أبوا عرض عليهم الجزية بأن لا تنكح نساءهم ولا تؤكل ذبائحهم ولئن سلمنا أنه مرسل فالمرسل حجة عندنا خصوصاً إذا عمل به أكثر الصحابة وأكثر التابعين « رح » والفقهاء . وروى أحمد بن حنبل بإسناده أنه ﷺ قال : « إذا نزلتم بناس نبطياً فإذا اشتريتم لهم فإن كانت من يهودي أو نصراني فكلوا ، وإن كان من مجوسي فلا تأكلوا » . قال إبراهيم الحارثي خرق أبو ثور الإجماع . روى عن ابن المسيب « رض » خلافه وقال البيهقي وقد تأكد هذا المرسل بالإجماع ، ولا خلاف أن صيدهم السمك والجراد يباح أكله . وما روي عن ابن عباس « رض » في تحريم صيدهم بأسناده كيف ما روى عن حذيفة في جواز نكاحهم فقير صحيح .

(ولأنه) أي المجوسي (لا يدعي التوحيد فأنعدمت الملة اعتقاداً ودعوى) أي من حيث الاعتقاد ومن حيث الدعوى . وقد مر أن الشرط أن يكون الذابح من أهل ملة التوحيد إما اعتقاداً كالسلم أو دعوى كالكتابي ، ولم يوجد واحد منها في المجوسي .

قال والمرتد لانه لا ملة له فإنه لا يقر على ما انتقل إليه، بخلاف الكتابي
إذا تحول إلى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند
الذبح لا ما قبله . قال والوثني لا يعتقد الملة .

(قال) أي القدوري « رح » (والمرتد) بالجر عطفاً على قوله الجوسي يعني لا يؤكل
ذبيحة الجوسي وذبيحة المرتد . ولا خلاف في المرتد أنه لا تؤكل ذبيحته (لأنه لا ملة له
فانه لا يقر على ما انتقل إليه) من الدين الباطل فصار كالوثني الذي لا دين له فلا
تؤكل ذبيحته .

(بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه) يعني النصراني إذا تهود ، واليهودي إذا
تنصر ، فأنما تنصر على ما انتقل إليه بخلاف ما لو تجسس ، فانه لا تؤكل ذبيحته بلا خلاف .
وعند الشافعي « رح » وداود لا تؤكل ذبيحته إذا تحول إلى غير دينه مطلقاً ، لأن
لخروجه إلى غير دينه نقض الذمة فيباح قتله ، فصار كالكفر الأصلي . قلنا إذا تحول دين
كتابي يكون من أهل الملة دعوى حال الذبح وقبله ، والكفر كله ملة واحدة . وإن
ارتد غير الكتابي إلى دين أهل الكتاب اكلت ذبيحته نظراً إلى حاله ودينه في حال
ذبحه دونما سواء . كذا في مختصر الكرخي « رح » (لأنه) أي لأن الكتابي (يقر
عليه) أي على الذي انتقل إليه (عندنا) خلافاً للشافعي « رح » كما ذكرنا (فيعتبر ما
هو عليه) أي يعتبر الذي كان هو - أي المرتد - عليه (عند الذبح لا ما قبله) أي لا
يعتبر ما كان قبل الذبح وهو الاسلام لأنه كان مسلماً قبله فلا يعتبر ذلك الذبح لوجوده
مرتداً عنده ، ويحوز أن يتعلق قوله فيعتبره بمسألة الكتابي ، أي يعتبر ما كان هو
عليه من اليهودية أو النصرانية وقت الذبح . فان كان حينئذ يهودياً أو نصرانياً جاز وان
لم ينتقل بأن انتقل إلى دين الجوسي لا يحوز ولا يعتبر ما قبله ، وان كان مجوسياً قبل الذبح
ثم تنصر أو تهود ، يوجد يهودياً أو نصرانياً عند الذبح يحوز . فافهم .

(قال) أي القدوري « رح » (والوثني) بالجر أيضاً أي ولا تحل ذبيحة الوثني
وهو الذي يعبد الوثن ، وهو الصنم لأنه ليس له ملة التوحيد (لا يعتقد الملة) لا

قال والمحرم يعني من الصيد ، وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم
من الصيد والإطلاق في الحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم
يستوى فيه الحلال والمحرم ، وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا
الصنيع محرم . فلم تكن ذكاة

دعوى ولا اعتقاداً (قال والمحرم) أي قال القدوري « رح » ولا تحل ذبيحة الحرم وقال
المصنف « رح » (يعني من الصيد) وهذا القيد لا بد منه لأنه تحل ذبيحته من الأهالي
(وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد) سواء كان الذابح محرماً أو حلالاً ، وينبغي
أن يقرأ ما ذبح على صيغة بناء المفعول على ما لا يخفى على الفطن .

(والإطلاق في الحرم) أي الإطلاق بقوله والمحرم (ينتظم الحل والحرم) يعني يشتمل
ما ذبح في الحل وما ذبح في الحرم ، لأن الذكاة فعل مشروع وذبح الحرم الصيد ليس
بمشروع ، وكذا ذبح الصيد في الحرم ليس بمشروع سواء كان حل حلال أو محرم ، أشار
إليه بقوله (والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم) لأنه لحق الله سبحانه وتعالى .
(وهذا) أي استواء الحلال والمحرم في ذبح صيد الحرم (لأن الذكاة فعل مشروع)
بالنص (وهذا الصنيع محرم) أي المحرم قتل الصيد محرم بالنص وهو قوله تعالى ﴿ ولا
تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ . ونهى عن الفعل الحسي وموجبه انعدام المشروعية .
والذكاة فعل مشروع فلا يكون فعله ذكاة قبل الأول أن يكون معنى قوله ولهذا
الصنيع أي الذبح في الحرم محرم وسياق الكلام يدل على هذا . فان قلت قتل الشاة
المقصوبة محرم وتؤكل بقوله ﴿ لا تأكلوا مما مات ﴾ : أطعموها الأسارى قلت شاة غير الحرم صالحة
للذبح ، والذابح أهل وإنما حرم لتعلق حق الغير به . ولهذا لو كانت المصلحة في ذبحها بأن
أشرفت على الهلاك يجوز ذبحها فكانت حراماً لغيره فتحل .

أما صيد الحرم فالذابح وإن كان أهلبها ، لكن الصيد لم يبق محلاً لثبوت صفة الأمان
فيه فكان حراماً لعينه فافترقا (فلم تكن ذكاة) أي إذا كان كذلك فلم يكن ذبح الحرم

بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد
صح لأنه فعل مشروع إذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم
ذبحه على المحرم . قال وإن ترك الذابح التسمية عمداً فالذبيحة ميتة
لا تؤكل وإن تركها ناسياً أكل . وقال الشافعي أكل في الوجهين ،
وقال مالك لا تؤكل في الوجهين .

ذكاة ، (بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل
مشروع) أى لأن ذبح المحرم غير الصيد مشروع ، (إذ الحرم لا يؤمن الشاة) ونحوها من
النعم ، والأمن إنما يثبت بالنص للصيد . (وكذا ذبيحته لا تحرم على المحرم) لأن
الأصل حل الذبح والحرمة تثبت بالنص وهو مخصوص بالصيد فلا يتعداه .

(قال) أى القدوري (وإن ترك الذابح التسمية عمداً) أى ترك عمداً ويجوز أن
يكون حالاً أى حال كونه عامداً (فالذبيحة ميتة لا تؤكل) وكذا الكتابي إذا ترك
التسمية عامداً لم تؤكل ذبيحته ، وإن كان ناسياً تؤكل وهو في منزلة المسلم كذا قاله
الكرخي « رض » في مختصره . (وإن تركها ناسياً أكل) أى وإن ترك الذابح التسمية
حال كونه ناسياً أكل ما ذبحه .

(وقال الشافعي « رض » أكل في الوجهين وقال مالك « رض » لا تؤكل في الوجهين) أى
فيما تركها عامداً أو ناسياً وبه قال أحمد « رض » في رواية وهكذا ذكر عنه في المنظومة
وليس كذلك بل هذا هو ما ذكره ابن قدامة في المغني أن عند مالك تحل إذا تركها ناسياً
ولا تحل إذا تركها عامداً . وذكر ابن الجلاب في كتاب التفريع والتسمية شرط في صحة
الذبيحة فمن تركها عامداً لم تؤكل ذبيحته . وإذا تركها ناسياً أكلت ذبيحته انتهى .

المشهور عن أحمد « رض » مثل قولنا وقال الحربي ومن ترك التسمية على صيد عامداً
أو ساهياً لم يؤكل ، وإن تركت التسمية على ذبيحته عامداً لم تؤكل . وإن تركها ساهياً
أكلت ذبيحته ، انتهى . وهذا هنا مروى عن ابن عباس « رض » وطاووس وابن المسيب
« رض » والحسن والثوري وإسحاق وعبد الرحمن بن أبي ليلى « رض » وجعفر « رض » ،

والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف إذا ترك
التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من
الشافعي «رح» مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة
متروك التسمية عامداً . وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية
ناسياً . فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم .

وفي التيسير في سورة الأنعام ودادود بن علي «رح» يحرم متروك التسمية ناسياً . وقال في
النوازل في قول بشير لا يؤكل إذا ترك التسمية عامداً أو ناسياً .

وقال القدوري «رح» في شرحه لمختصر الكرخي وقد اختلف الصحابة في النسيان ،
فقال علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم إذا ترك التسمية ناسياً أكل ، وقال ابن عمر
«رض» لا يؤكل . والخلاف في النسيان يدل على إجماعهم في العمد فإن قلت كيف صورة
الناس متروك التسمية عمداً ؟ قلت أن يعلم أن التسمية شرط وتركها مع ذكرها ، أما لو
تركها من لم يعلم باشتراطها فهو في حكم الناسي . ذكره في الحقائق .

(والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء) حتى أن الكتابي إذا تركها عامداً لا يؤكل ،
وإذا تركها ناسياً يؤكل ، وقد ذكرناه (وعلى هذا الخلاف) المذكور (إذا ترك التسمية عند
إرسال البازي والكلب وعند الرمي) أي رمي السهم إلى الصيد فعند الشافعي «رح»
يؤكل في الوجهين وعند مالك لا يؤكل في الوجهين ، وعندنا بالتفصيل المذكور (وهذا
القول من الشافعي «رح» مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك
التسمية عامداً وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً) أي القول يجاوز أكل متروك
التسمية عامداً مخالف للإجماع لأن الإجماع اتفق على عدم جوازه قبل الشافعي «ره»
فالمخالف للإجماع المنعقد قبله خارق للإجماع فلا تسمع (فمن مذهب ابن عمر «رض» أنه
يحرم) أشار بهذا إلى بيان الخلاف في متروك التسمية ناسياً فلذلك ذكره بالفاء أي يحرم
متروك التسمية ناسياً .

وذكر أبو بكر الرازي «رح» في الأحكام أن قصاباً ذبح شاة ونسي أن يذكر اسم

ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم أنه يحل بخلاف متروك التسمية عامداً ولهذا قال أبو يوسف والمشايع رحمهم الله ان متروك التسمية عامداً لا يسع فيه الاجتهاد . ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفاً للاجماع . له ، قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أم لم يسم

الله سبحانه وتعالى عليها فأمر ابن عمر « رض » غلاماً له أن يقوم عنده فإذا جاء إنسان يشترى يقول له أنت ابن عمر « رض » يقول لك ان هذه شاة لم تذك فلم يشتر منها شيئاً .

(ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم أنه يحل) أي متروك التسمية ناسياً يحل . وفي موطأ مالك « رح » عن يحيى بن سعيد أن عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما سئل عن الذي ينسى أن يسمي الله سبحانه وتعالى على ذبيحته فقال يسمي الله ويأكل ولا بأس . وقال الرازي في الأحكام وذكر عن علي وابن عباس « رض » ومجاهد وعطاء وابن المسيب والزهري وطاوس قالوا لا بأس بأكل ما نسي أن يسمي الله عليه عند الذبح . وقالوا إنما هو على الملة (بخلاف متروك التسمية عامداً) حيث لم يختلف أحد من الصحابة والتابعين « رح » في حرمة (ولهذا) أي ولأجل انقضاء الاجماع على تحريم متروك التسمية عامداً .

(قال أبو يوسف « رح » والمشايع « رح » أن متروك التسمية عامداً لا يسع فيه الإجهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه) أي بيع متروك التسمية عامداً (لا ينفذ لكونه مخالفاً للاجماع) والقاضي إذا قضى بما يخالف الكتاب والسنة والاجماع يردّه كما إذا قضى بما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع من أقوى الحجج ، فلا يجوز مخالفته بلا خلاف .

(له) أي للشافعي « رح » (قوله ﷺ) المسلم يذبح على اسم الله سبحانه وتعالى سمي أو لم يسم (والحديث بهذا اللفظ غريب ولكن جاءت أحاديث في معناه منها ما أخرجه

الدارقطني ثم البيهقي عن محمد بن يزيد بن سنان عن عبيد الله الجري عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ قال « المسلم يكفيه اسمه فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم وليذكر اسم الله ثم ليأكل » .

ومنها ما أخرجه الدارقطني « رح » أيضاً عن مروان بن سالم عن الأوزاعي عن عيسى ابن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة « رض » قال سأل رجل النبي ﷺ « الرجل منا يذبح وينسى أن يسمي الله سبحانه وتعالى » ، قال « اسم الله على كل مسلم وفي لفظ على فم كل مسلم » .

ومنها ما رواه أبو داود « رح » في المراسيل فقال حدثنا شداد ^(١) قال حدثنا عبد الله بن داود عن ثور بن يزيد عن الصلت عن النبي ﷺ قال « ذبيحة المسلم حلال ذكر اسم الله تعالى أو لم يذكر » . والجواب أما الحديث الأول فقال ابن القطان في كتابه ليس في هذا الاسناد من يتكلم فيه غير محمد بن يزيد بن سنان وكان صدوقاً صالحاً لكنه كان شديداً . وقال غيره معقل عن عبيد الله وإن كان من رجال مسلم لكنه أخطأ في رفع هذا الحديث وقد رواه سعيد بن منصور وعبد الله بن الزبير الحميدي عن سفيان عن عينة عن عمر عن أبي الشعثاء عن عكرمة عن ابن عباس قوله ذكر البيهقي وغيره فزاد في إسناده أبي الشعثاء ووقفاء وقال ابن الجوزي « رح » في التحقيق معقل هذا مجهول ويعقبه صاحب التنقيح فقال بل هو مشهور وهو ابن عبيد الله الجري أخرج له مسلم في صحيحه .

واختلف قول ابن معين فيه فمرة وثقه ومرة ضعفه . وقد ذكره ابن الجوزي في الضعفاء فقال معقل بن عبيد الله الجري . يروي عن عمرو بن دينار وقال يحيى ضعيف لم يزد على هذا ومحمد بن يزيد بن سنان الجري هو ابن أبي فروة الراوي . قال أبو داود ليس بشي . وقال النسائي ليس بالقوي وقال الدارقطني ضعيف وذكره ابن حبان في الثقات والصحيح أن هذا الحديث موقوف على ابن عباس « رض » هكذا رواه ابن سفيان عن عمرو بن

ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بعذر النسيان
كالطهارة في باب الصلاة . ولو كانت شرطاً فالملة أقيمت مقامها
كما في الناس

دينار عن جابر بن يزيد عن عكرمة عن ابن عباس انتهى كلامه قلت أخرجه كذلك عبد
الرزاق في مصنفه في الحج حدثنا ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبي الشعثاء عن عكرمة
عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال « ان في المسلم اسم الله فان ذبح ونسي أن يذكر
اسم الله فليأكل وإن ذبح الجوسي وذكر اسم الله فلا يأكل » .

وأما الحديث الثاني فقال الدارقطني مروان بن سالم ضعيف وأعله ابن القطان أيضاً
به ، وقال هو مروان بن سالم العقاري وهو ضعيف . وليس مروان بن سالم المكسي .
ورواه ابن عدي في الكامل وأسند تضعيفه عن أحمد والنسائي وثابهما . وقال عامة ما
يروي لا يتابعه الثقات عليه .

وأما الحديث الثالث فإنه مرسل وهو ليس بحجة عنده . وقال ابن القطان وفيه مع
الارسال أن الصلب السدوسي لا يعرف له حال ولا يعرف تغير هذا ولا روى عنه غير
ثور وابن يزيد والله سبحانه وتعالى أعلم .

(ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بالنسيان^(١) كالطهارة في باب الصلاة)
لأن شرط الشيء ما يتوقف على وجوده ولا يفترق الحال بين النسيان والعمد كما في
الطهارة واستقبال القبلة وستر العورة فإن من نسي الطهارة لا تجوز صلاته كما لو تركها
عمداً وإنما يفرق بينها في الموجودات كالأكل والشرب في الصوم (ولو كانت) بين
التسمية (شرطاً فالملة أقيمت مقامها) يعني ولئن سلمنا أن التسمية شرط ، لكن الملة
أقيمت مقامها ، (كما في الناسي) كما أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي وإليه أشار
النبي ﷺ عن من ذبح فترك التسمية ناسياً قال : كلوا فإن تسمية الله تعالى في قلب كل
من أرى مسلم .

(١) لما سقطت بعذر النسيان .

ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ . الآية نهى وهو للتحريم .

(ولنا الكتاب وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ الآية نهى وهو للتحريم) وجه الاستدلال ان الله سبحانه وتعالى نص على تحريم متروك التسمية عمداً لأنه نهى . والنهي لطلق التحريم ويدل عليه قوله سبحانه وتعالى ﴿وانه لفسق﴾ وأكد النهي بحرف من لأنه في موضع النهي للمبالغة فيقتضي حرمة كل جزء منه ، والهاء في قوله سبحانه وتعالى ﴿وانه لفسق﴾ ان كانت كناية عن الأكل في الفسق أكل الحرام وإن كانت كناية عن المذبح . فالمذبح الذي يسمى فسقاً يكون حراماً كما في قوله سبحانه وتعالى ﴿أو فسقاً أهل لغير الله به﴾ . وفي الآية بيان أن الحرمة لعدم ذكر اسم الله سبحانه وتعالى ، لأن التحريم يوصف بذلك الوصف وهو الموجب للحرمة كالبيعة والموقوفة . وبهذا يتبين فساد حمل الآية على الميتة وذبائح المشركين ، فإن الحرمة هناك ليست لعدم ذكر الله سبحانه وتعالى على أنه وإن ذكر اسم الله سبحانه وتعالى لا يحل فإن قلت ما سوى حالة الذبح فليس بمراد بالاجماع . وأجمع السلف على أن المراد حالة الذبح فلا يكون مجعلاً .

فإن قلت لا نسلم أن المراد منه الذكر باللسان بل المراد منه الذكر عليه مطلقاً . والذكر بالقلب ذكر . قال الله سبحانه وتعالى ﴿رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله﴾ . والمراد منه الذكر بالقلب وقول القائل :

الله يعلم أني لست أذكره وكيف أذكره إذ لست أنساه

قائل الذكر والنسيان عمل القلب . فكذا الذكر قلت المراد بالنص الذكر باللسان وذلك لأن الله سبحانه وتعالى ذكر الذكر عليه . والذكر عليه لا يكون إلا باللسان ، لأن الذكر عليه أن يقصد إيقاع الذكر عليه ، وإنما يقصد إلى الذكر بعد العلم به ، لأن القصد إلى ما لا يعلم محال وهذا لا يتصور بالقلب ، لأنه لما خطر بالبال صار معلوماً موجوداً . فكيف يتصور القصد إلى إيقاعه .

فإن قلت الذكر بالقلب مراد بالاجماع ، فلا يكون الذكر باللسان مراداً وإلا لزم الجمع بين الحقيقة والجاز . لأن الذكر من حيث القلب حقيقة لأن مدة النسيان تكون

بالقلب أو العموم المشترك . قلت لا نسلم بذلك لأن الذكر للأميرين حقيقة لوجود الاستعمال فيها عرفاً وشرعاً ، وضد الذكر والسكوت أيضاً . وهو يكون باللسان فكان حقيقة فيها ولا يلزم عموم المشترك لأنه مشترك معنوي وهو المطلق لا المشترك اللفظي .

فإن قلت الناسي مخصوص بالاجماع ولو أريد به ظاهره لجرت الحاجة في السلف والانعقاد وارتفع الخلاف فيخص العامل بالقياس . وخبر الواحد . قلت الناسي غير مخصوص لأنه ذاكر تقدير الكلام القياس المسئلة مقام الذكر في حق الناسي بالحديث . وهو معذور مستحق للنظر والتخفيف . والعامد غير معذور .

وقال تاج الشريعة « رح » فإن قلت حالة النسيان مخصوصة ، قلت لو خصت حالة العمد يؤدي إلى إلغاء النص ، انتهى . قلت الناسي لا يخلو إما أن يكون مراداً منها أولاً فإن كان مراداً لا يكون مخصوصاً وحينئذ يلزم إرادة العامد بالطريق الأولى . وإن لم يكن مراداً يلزم إرادة العامد عيوناً للنص عن التعطيل .

فإن قلت المراد بالآية الميتة لأن سبب نزول الآية مجادلة المشركين في الميتة ، حيث قالوا يا كلون ما يقتلونه ولا يا كلون ما قتله الله سبحانه وتعالى ، قلت سلمنا السبب ولكن العبارة للعموم اللفظ لا لخصوص السبب لأن اللفظ هو الذي يدل على الحكم لا السبب . فلو كان مختصاً بالسبب لم يتجاوز حكم الشرع مكة والمدينة لأن سائر الأسباب ثمة واللفظ عام لأن قوله سبحانه وتعالى ﴿ ما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ يتناول الميتة وغيرها بما لم يذكر اسم الله تعالى .

فإن قلت النصوص معارضته لهذا النص منها قوله سبحانه وتعالى ﴿ كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً ﴾ ومنها قوله سبحانه وتعالى : ﴿ إلا ما ذكيت ﴾ استثنى الذكاة من المحرمات وهذه مذكاة ، لأن الذكاة هي الجرح بين اللبة والحيين . ومنها قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه ﴾ بيانه أن الله سبحانه وتعالى أمر نبيه ﷺ أن يخبر أنه لا يحرم سوى المذكورات في هذه الآية . ومتروك

والإجماع هو ما بينا ، والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فإنه عليه السلام قال في آخره فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ، علل الحرمة بترك التسمية ،

التسمية غير مذكور في هذه الآية ، فكان حلالاً .

قلت أما الجواب عن الآية الأولى فيقول نحن بموجب ذلك لأن سبحانه وتعالى أمر بأكل الحلال لا الحرام ، ومتروك التسمية عامداً حرام ، بما تلونا فلا يرد علينا . والجواب عن الآية الثانية فيقول ليس المراد نفي الحرمة عما سوى المذكور من هذه الآية مطلقاً ، لأن لحم الكلب ولحم الحمار والبغل حرام ولم يذكر في هذه الآية ، بل المراد منه أنه لم يحسد محرماً مما كانوا يعتقدونه حراماً في هذه الآية ، والدليل عليه ما ذكر قبل هذه الآية وهو قوله سبحانه وتعالى : ﴿ قل الذكركم حرم أم الأنثيين ﴾ إلى أن قال ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً ﴾ .

فإن قلت ذبيحة أهل الكتاب حلالاً ، وإن كان متروك التسمية ، لأن ما يعتقدونه أنها ليست بآلة حقيقة ، فلم أن التسمية ليست بشرط .

قلت إنما حل ذبيحة الكتابي لأنه وجد ذكر اسم الله تعالى من حيث الضرورة لأنهم يدعون ملة التوحيد فاكتمى بذلك القدر في حق أهل ، ألا ترى أنا إذا سمعنا أنهم يذكرون اسم الله عزيراً واسم المسيح عند الذبح يقول بحرمة ذبائحهم ، ولهذا يقول بحرمة ذبيحة المجوسي لأنه لا يدعي ملة التوحيد .

(والإجماع وهو ما بينا) ، أشار به إلى قوله فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً إلى آخره . (والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله تعالى عنه فإنه عليه السلام قال في آخره : فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ، علل الحرمة بترك التسمية) حديث عدي . هذا أخرجه الأئمة الستة في كتبهم . عن عدي بن حاتم قلت : « يا رسول الله ﷺ ، إني أرسل كليي واسمي ، فقال « إذا أرسلت كلبك وصميت ، فأخذ فقتل فكل ، وإن أكل منه فلا تأكل . فانما أمسك

ومالك «رح» محتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ،

على نفسه ، قلت : إني أرسل كلي أخذ معه كلباً آخر ولا أدري أخذه ، فقال : « لا تأكل ، فقلت : إنها سميت على كلي ولم اسم على كلب آخر . رواه البخاري عن آدم عن شعبة عن عبد الله بن أبي السفر عن عدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه قال : قلت يا رسول الله ﷺ ، إلى آخره .

وروى البخاري أيضاً وقال حدثنا موسى بن اسماعيل عن ثابت بن يزيد عن عاصم عن النبي ﷺ : إذا أرسلت كلبك وسميت فأمسك فقتل فكل وإن أكل فلا تأكل ، فإنما أمسك على نفسه وإذا خالط كلاباً لم يذكر اسم الله عليها فأمسكن وقتلن فلا تأكل ، فإنك لا تدري أيها قتل ، انتهى .

وهذا كله يدل على حرمة متروك التسمية عامداً ، لأنه ﷺ علل الحرمة بترك التسمية عامداً . فإن قلت ما الدليل على أن المراد هو العمد ، قلت : روى سعيد بن منصور بإسناده عن راشد بن سعيد قال ، قال رسول الله ﷺ : « ذبيحة المسلم حلال وإن لم يسم إذا لم يتعمد » .

(ومالك رحمه الله محتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه) أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لأن قوله سبحانه وتعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ ، يشمل العمد والنسيان جميعاً ، لعدم القيد بأحدهما . وقال صاحب العناية واستدل مالك « رح » بظاهر قوله سبحانه وتعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ ، فإن فيه النهي بالمنع وجه وهو تأكيد بمن الاستغراقية عن كل متروك التسمية ، وهو بإطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل وهو أقرب لا محالة من مذهب الشافعي « رح » لأنه مذهب ابن عمر رضي الله تعالى عنها .

قلت قدمنا أن مذهب مالك « رح » ليس كذلك وإنما مذهبه كمذهبن كما صرح به أصحابنا ^(١) في كتبهم والمعجب من صاحب العناية لم يبينه على هذا مع قدرته على كتب المالكية حتى قدر مذهبه بما قرره ، ثم قال وهو أقرب . فكأنه رأى هذا صواباً ،

ولكننا نقول في اعتبار ذلك من الحرج مالا يخفى لأن الإنسان كثير
النسيان والحرج مدفوع . والسمع غير مجرى على ظاهره إذ لو أريد
به لجرت الحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول
والإقامة في حق الناسي وهو معذور . لا يدل عليها في العامد
ولا عذر . وما رواه

وعجب منه صاحب الهداية مع جلالة قدره نسبته إلى مالك ما ليس بمذهبه . ثم قرره
ثم أجاب عنه (ولكننا نقول في اعتبار ذلك) أي النسيان (من الحرج مالا يخفى لأن
الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع) بالنص وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ وما جعل
عليكم في الدين من حرج ﴾ . فيحمل على حالة العمد دفعاً للتعارض (والسمع) أي
المسموع في هذا الباب من الآية والحديث (غير مجري على ظاهره) من حيث لم يرد منه
العموم ظاهراً ، (إذ لو أريد به) أي لأنه لو أريد النسيان بالنص (لجرت الحاجة) أي
التحاجج بين الصحابة بالآية (وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول) وهم الصحابة
رضي الله تعالى عنهم .

تقرير هذا الكلام أن الصحابة اختلفوا في متروك التسمية ناسياً ولم يحتج من قال
حرمته بالآية . فلو جرت الحاجة بها لارتفع الخلاف بينهم . فيه نظر انقياد من قال بحل
متروك التسمية ناسياً ورجع عن قوله حيث لم تجر الحاجة ولم يرجع الخلاف علم أن الآية
متروك الظاهر وليس المراد به النسيان بل المراد منه العمد . (والإقامة) مرفوع بالابتداء .
وجواب عن قول الشافعي « رح » أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي . ينبغي أن
يقام أيضاً مقامه في حق العامد وتقريره أن إقامة الملة مقام التسمية (في حق الناسي وهو
معذور) أي والحال أنه معذور (لا يدل عليها) خبر المبتدأ أهني قوله والإقامة . أي لا
يدل على الإقامة . (في حق العامد ولا عذر) أي والحال أنه لا عذر موجود في العمد
وذلك لأن النسيان من قبل من له حق أقام الملة مقام التسمية فجعله عذراً . والعامد ليس
بمعذور ، فلا يقاس على الناسي لأنه ليس في معناه . هــ - . اسم يذبح على اسم الله
(وما رواه) أي ما رواه الشافعي « رح » من قوله صلى الله عليه وسلم « المسلم يذبح على اسم الله »

محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي وهو على الآلة لأن المقدور له في الأول الذبح وفي الثاني الرمي والإرسال دون الإصابة وتشترط عند فعل يقدر عليه

سمى أم لم يسم (محمول على حالة النسيان) بدليل ما روي في حديث راشد بن سعيد «رض» إذا لم يتعمد .

فإن قلت روى البخاري «رح» بإسناده إلى عائشة «رض» أنها سألت النبي ﷺ وكانت الأعراب قريبوا عهد بالاسلام يأقونها باللحم فلا ندري أسموا عليه أم لم يسموا، فقال ﷺ «سموا أنتم وكلوا» . فلو كانت التسمية شرطاً للعقل لما أمرها بالأكل عند الشك فيها . قلت هذا دليل لنا لأنها سألت عن الأكل عند وقوع الشك في التسمية . فذلك دليل على أنه كان معروفاً عندها أن التسمية من شرائط الحل ، وإنما أمرها بالأكل بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمداً ، كمن اشترى لحماً في السوق يباح التناول بناء على الظاهر وإن كان يتوهم أنه ذبيحة مجوسي .

(ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط عند الذبح وهو على المذبوح) أراد أن التسمية في الذكاة الاختيارية تقع على الذبح فيشترط عند الذبح . وفي التحفة ينبغي أن يريد بالتسمية التسمية على الذبيحة أما لو أراد التسمية عند افتتاح العمل لا يحل . (وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي) أي إرسال الكلب ونحوه ورمي السهم . (وهو على الآلة) أي التسمية هنا على الآلة وهي السهم والكلب . وفائدة هذا تظهر في مسائل ذكرها بعد (لأن المقدور له في الأول الذبح) أي المقدوري للذباح في ذكاة الاختيار الذبح .

(وفي الثاني الرمي والإرسال) أي المقدور له في ذكاة الإضرار رمي السهم وإرسال الكلب (دون الإصابة) ، يعني الإصابة ليست في قدرته عند الرمي والإرسال . (فيشترط عند فعل يقدر ^(١) عليه) أي إذا كان كذلك فيشترط التسمية عند الفعل

(١) يقدر .

حتى إذا أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز . وان
رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل . وكذا في الإرسال . ولو
أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بأخرى أكل ولو سمي على
سهم ثم رمى بغيره صيداً لا يؤكل قال ويكره أن يذكر مع اسم الله
تعالى شيئاً غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان

الذي يقدر عليه في الأول يتعذر على الذبح وفي الثاني على الرمي والإرسال دون الإصابة .
(حتى إذا أضجع شاة) هذا يظهر ما ذكره من اشتراط التسمية على الذبح في الذبح
وعلى الرمي والإرسال في غير صورته أضجع شاة ليدبحها . (وسمى فذبح غيرها بتلك
التسمية) أي ذبح شاة غير الشاة التي أضجعها بتلك التسمية الأولى ، (لا يجوز) أي لا
يحل أكلها لأن التسمية كانت على الأولى . (ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل)
أي أصاب سهمه غير الصيد الذي رمى إليه ، حل ، لأن التسمية هنا على الآلة وهي لم
تتبدل (وكذا في الإرسال) أي وكذا الحكم في إرسال الكلب ، بأن أرسل كلباً إلى
صيد وسمى فمسك غير الصيد الذي أرسله إليه فإنه يحل بلا ذكره . وكذا لو أرسل
فهداً أو بازياً .

(ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة) أي السكين (وذبح بأخرى أكل) أي
ذبح الشاة التي أضجعها بشفرة أخرى أكل ، لأن التسمية وقف على الشاة ولم تتبدل
وقد ذكر الفعل باعتبار الذبح . (ولو سمي على سهم ثم رمى بغيره صيداً لا يؤكل) لوقوع
التسمية على السهم الأول . ولا خلاف فيه للثلاثة .

(قال ويكره أن يذكر مع اسم الله سبحانه وتعالى شيئاً غيره وأن يقول عند الذبح
اللهم تقبل من فلان) لم يثبت في النسخة الصحيحة لفظه . قال هنا وصورة المسألة في
الجامع الصغير ، محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة « رج » أنه قال يكره أن يذكر مع اسم
الله شيئاً غيره ، ويكره أن يقول اللهم تقبل من فلان هذا الذبح . وقال لا بأس به إذا
كان قبل التسمية وقبل أن يضجع للذبح . انتهى .

وهذه ثلاث مسائل احداها أن يذكر موصولا لا معطوفاً فيكره ،
ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال . ونظيره أن يقول بسم الله
محمد رسول الله

وفي كفاية تاج الشريعة « رح » ينبغي أن ما يكون من الدعاء يذكر قبل الذبيح كما
روى أن النبي ﷺ كان إذا أراد أن يذبح أضحيته قال « اللهم هذا منك ولك ، صلاتي
ونسكي وعيالي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين بسم الله
والله أكبر » ثم ذبح ، وهكذا عن علي « رض » .

(وهذه ثلاث مسائل) أي المسألة المذكورة متنوعة ومتفرعة على ثلاث مسائل :
(احداها) أي إحدى المسائل الثلاث (أن يذكر موصولا لا معطوفاً) أي أن يذكر
الشيء مع اسم الله تعالى ، كون ذلك الشيء موصولا باسم الله سبحانه وتعالى ، ولكن
بغير عطف بحرف من حروف العطف (فيكره ولا تحرم الذبيحة) أي إذا كان
كذلك يكره فعله هذا ولا تحرم الذبيحة ، لما يقوله الآن (وهو المراد بما
قال) أي ما ذكره من كونه موصولا لا معطوفاً هو المراد بما قال في الجامع
الصغير « رح » .

(ونظيره أن يقول بسم الله محمد رسول الله) يرفع الدال في محمد ولو خفضها لا تحل .
ذكره في النوازل ، وقيل هذا إذا كان يعرف النحو ، وقيل لا تحرم على قياس ما روى
عن محمد « رح » أنه لا يرى بتخفيضها انخفاضاً في النحو ، معتبراً في باب الصلاة ونحوها .
كذا في الذخيرة . وفي الفتاوى لو قال بسم الله محمد رسول الله بالخفض لا يحل وبالرفع
يحل ، ولم يذكر النصب .

وفي رواية الزيد ونسي النصب . بالخفض لا يحل . ولو قال بسم الله على الله على محمد
يحل . والأولى أن لا يفعل . ولو قال بسم الله وصلى الله على محمد ، مع الواو يحل أكله .
ولو قال باسم الله وباسم فلان لا يحل ، هو المختار . ولو ذبح ولم يظهر الماء في بسم الله إن
قصد ذكر الله يحل وإن لم يقصد أو قصد ترك الماء لا يحل كذا في الخلاصة وفي النوازل . سئل أبو

لأن الشريعة لم توجد فلم يكن الذابح واقعا له إلا أنه يكره
لوجود القرآن صورة فيتصور بصورة المحرم . والثانية أن يذكره
موصولا على وجه العطف والشريعة بأن يقول بسم الله واسم فلان
أو يقول بسم الله وفلان أو بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال
فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مفصلاً عنه
صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضع الذبيحة أو

نصر عن ذبح ، وقال بسم الله وباسم فلان . قال سمعت محمد بن سلمة قال سمعت إبراهيم
ابن يوسف « رح » يقول تصير ميتة وقال محمد بن سلمة لا تصير ميتة لأنه لو صارت ميتة
صار الرجل كافراً . وفي مبسوط شيخ الإسلام « رح » ولو قال بسم الله والله أكبر وصلى
الله على محمد . إن أراد بذكر محمد الإشتراك في التسمية لا يحمل . وإن أراد التبرك
دون الاشتراك يحمل .

(لأن الشريعة لم توجد) لعدم العطف (فلم يكن الذابح واقعا له إلا أنه يكره لوجود
القرآن صورة فيتصور بصورة المحرم) أي لوجود المتعارضة بين الكلامين بحسب الظاهر
فيكره ذلك .

(والثانية) أي والمسألة الثانية (أن يذكره موصولا على وجه العطف والشريعة بأن
يقول بسم الله واسم فلان) نحو اسم فلان (أو يقول باسم الله وفلان) بين نحو اسم فلان
(أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال) أي أو يقول باسم الله ومحمد رسول الله
نحو محمد والكسر وإن كان من ألقاب البناء . ولكن قد يستعمل في الإعراب .
(فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله) أي إذا كان كذلك فيحرم الذبيحة لأنه مسمى
بغير اسم الله سبحانه وتعالى ، فصارت ميتة .

(والثالثة) أي والمسألة الثالثة (أن يقول مفصلاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل
التسمية وقبل أن يضع الشاة ^(١) أو بعده) أي أو بعد أن يضعج الشاة وفي بعض النسخ

(١) الذبيحة - هامش .

بعده . وهذا لا بأس به لما روي عن النبي ﷺ أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه من أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية عنها حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال . لو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل ،

وقبل أن يضجع الذبيحة (وهذا لا بأس به لما روي عن النبي ﷺ أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه من أمة محمد ﷺ ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ) .

والحديث رواه مسلم في الضعفاء عن يزيد بن قسيط عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن رسول الله ﷺ أمر بكبش أقرن يطأ في سواد فأتى به ليضحي به فقال يا عائشة هي المديّة ثم قال اشعديها بحجر ففعلت فأخذها وأخذ الكبش فأضجعه ثم ذبحه ثم قال « بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد » ، ثم ضحى به . وهو عند أبي داود « رح » بالواو قال فأضجعه وذبحه وقال « بسم الله » وليس فيه مقصود المصنف « رح » .

وفي المبسوط وينبغي أن لا يذكر مع اسم الله غيره إذا أراد أن يدعو ويقول تقبل من فلان ، وينبغي أن يقدم ذلك على الذبح أو يؤخره عنه ولا يذكر مع الحرف هو تأويل الحديث .

(والشرط هو الذكر الخالص المجرد) أي وشرط حل الذكاة هو للذكر الخالص الله سبحانه وتعالى المجرد عن غيره . (على ما قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه جردوا التسمية عنها) هذا غريب لم يثبت عن ابن مسعود « رض » وإنما ذكر عن أصحابنا في كتبهم (حق لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال) فلم يكن ذكرًا خالصًا وأشار به إلى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل) بلا خلاف .

وقال محمد « رح » في الأمالي رأيت أن ذبح فقال الحمد على ذبيحته ولم يزد على ذلك

ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين لأنه يريد به الحمد لله على نعمة دون التسمية وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس « رضي » في قوله تعالى ﴿ فاذكروا اسم الله عليها صواف ﴾

أو قال الله أكبر أو سبحان الله قال إن كان يريد بذلك التسمية فإنه يؤكل وإن كان لا يريد بذلك التسمية فإنه لا يؤكل . قال شيخ الإسلام « رح » خواهر زادة في شرحه وهذا لأن هذه الألفاظ ليست بصريحة في باب التسمية . والصريح في باب التسمية اسم الله ، وإذا لم تكن هذه الألفاظ صريحة في الباب كانت كناية وإنما تقوم مقام الصريح بالنية كما في كنيات الطلاق إن نوى الطلاق كان طلاقاً وإلا فلا فكذا .

(ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين ، لأنه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية) لأنه قال في الأصل إذا قال الحمد لله يريد به التسمية أكل ، وإن لم يرد التسمية فلا والعاطس لم يرد التسمية على الذبح بل أراد الحمد على نعم الله سبحانه وتعالى فعلى رواية الكرخي « رح » ينبغي أن يحل لأنه قال التعميد بمنزلة التسمية مطلقاً . أما لو قال الخطيب الحمد لله عند العاطس يجوز أن يصلي به الجمعة بذلك القدر عند أبي حنيفة « رح » ذكره في المبسوط لأن هناك المأمور به ذكر الله مطلقاً وهنا الذكر على الذبح ولم يوجد .

(وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله) أي قول الذابح : بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله تعالى عنها في قوله سبحانه وتعالى ﴿ فاذكروا اسم الله عليها صواف ﴾ هذا أخرجه الحاكم في المستدرك في الذابح من حديث شعبة عن سليمان عن أبي طمسان عن ابن عباس رضي الله تعالى عنها في قوله سبحانه وتعالى ﴿ فاذكروا اسم الله عليها صواف ﴾ قال قياماً معقول باسم الله والله أكبر اللهم منك وإليك ، قال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وعنه فيه رواية أخرى أخرجه في التفسير عن جرير عن الأعشى عن ابن طبيان عن

قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله ، وسطه ، وأعله وأسفله .

ابن عباس رضي الله عنهما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ فاذكروا اسم الله عليها صواف ﴾ قال إذا أردت أن تنحر البدنة فأنمها ثم قل الله أكبر مثل ذلك ثم سم ثم انحرها . وقال صحيح على شرط الشيخين .

والمعجب من المصنف كيف ترك الحديث المرفوع فيه وحجر على نفسه . وهو ما أخرجه الأئمة الستة في كتبهم في الضعايا عن قتادة عن أنس « رض » أن النبي ﷺ كان يضع يده على كتفها . وفي لفظ مسلم يقول « بسم الله والله أكبر » ولعل المصنف « رح » أراد الاستدلال بالقرآن مفسراً به قول صحابي « رض » فإن كان ذلك فهو حسن . وفي الذخيرة قال البقال والمستحب أن يقول باسم الله ، الله أكبر يعني بدون الواو .

ثم قال وذكر شمس الأئمة الحلواني ويستحب أن يقول بسم الله الله أكبر يعني بدون الواو . لأن الواو تقطع فور التسمية . قال الاترازي « رح » وفيه نظر قلت نظره صحيح لأن الذي ثبت في الحديث الصحيح على ما ذكرنا بالواو . فلا ينبغي أن يترك اتباعاً للحديث .

(قال والذبح بين الحلق واللبة) أي قال القدوري « رح » في مختصره المراد بذلك بيان محل الذبح . (وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعله وأسفله) . وفي المبسوط ما بين اللبة واللحين . واللبة رأس الصدر ، واللحين الذقن . وقال صاحب العناية وأتى بلفظ الجامع الصغير لأن فيه بياناً ليس فيه رواية القدوري « رح » . وذلك لأن في رواية القدوري « رح » الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبغ غيرها فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير « رح » وقال الكاكي « رح » وإنما عاد لفظ الجامع لما بين أن رواية المبسوط والجامع الصغير « رح » اختلافاً من حيث الظاهر . فإن رواية المبسوط تقتضي الحل فيما إذا وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة لأنه بين اللبة واللحين فيجعل .

وفي رواية الجامع الصغير « رح » أنه لا يحل لأن على رواية محل الذبح الحلق ، فلما دفع قبل العقدة لم يكن الحلق على الذبح فلا يجوز ، فتكون رواية الجامع مفيدة لإطلاق رواية المبسوط .

وقد صرح في الذخيرة أن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم قبل العقدة لا يحل ، كذا ذكره في فتاوى أهل سمرقند وبه قالت الثلاثة ولكن ذكر الامام الرسمي في فوائده يحل لأن المعتبر قطع أكثر الأوداج ، وقد وجد سواء كان فوق العقدة أو تحته .

وفي الخلاصة هذا خلاف قول عامة المشايخ « رح » وقال صاحب النهاية ^(١) كان شيعي يفتي به . وكان يقول الإمام الرسمي معتمد في القول والعمل . فلو أخذنا يوم القيمة بسبب العمل بقوله نحن نأخذه أيضاً . وقال الاترازي وذكر في فوائده الرسمي أنه سئل عن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر أتؤكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها سواء كانت بقيت العقدة مما يلي الرأس أو مما يلي الصدر . وأما المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج ، وهذا صحيح لأنه لا اعتبار بكون العقدة من فوق أو من تحت . ألا ترى إلى قول محمد بن الحسن « رح » في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله ، أسفل الحلق أو وسطه أو اعلاه . فإذا ذبح في الأعلى لا بد أن يبقى العقدة من تحت ، ولم يلتفت إلى العقدة لا في كلام الله سبحانه وتعالى ولا في كلام رسوله ﷺ ، بل بالذكاة بين اللبة واللحين بالحديث ، وقد حصلت كيفما بقيت العقدة ، لا سيما على مذهب أبي حنيفة فإنه يكتفي بالثلاث من الأربع أي ثلاث كانت . ويجوز ترك الحلقوم أصلاً فالطريق الأولى أن يحل الذبح إذا قطع الحلقوم من اعلاه وبقيت العقدة إلى أسفل الحلقوم .

وقال تاج الشريعة في شرحه قوله والذبح بين الحلق واللبة . أراد بذلك بيان محل الذبح فيجوز في أعلى الحلق وأسفله ووسطه . وفي رواية الجامع الصغير تقتضي أن الذبح

(١) نسخة صاحب الهداية .

والأصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحين ولأنه مجمع المجرى والعروق.

فوق الحلق قبل العقدة لا يجوز لأنه جعل الحلق محلاً وإن كان فوق العقدة وهكذا ذكر
في الفتاوى ووضع الأصل يقتضي أن يجعل لأنه بين اللبة واللحين وإن كان فوق العقدة ،
لأن شمس الأئمة فسره وقال فيه دليل على أن أعلى الحلق ووسطه وأسفله سواء . فيكون
المراد على هذا التفسير ما يكون في الأصل مقيداً كما ذكر في الجامع الصغير « رح »
فيكون المراد من كلمة بين ما يستفاد من كلمة في . وكان معناه الذكاة في الحلق تؤيده
رواية الجامع الصغير .

قلت لفظه بين في اللغة بمعنى وسط ، يقول جلست بين القوم أي وسطهم ، ولفظه
للطرفية . ولكنها تجيء بمعنى بين أيضاً كما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ فادخلي في
عبادي ﴾ أي بن عبادي فحينئذ يستفاد من أحدهما ما يستفاد من الآخر . فعلى هذا يحمل معنى
ما ذكره للقدوري « رح » على ما ذكره في الجامع الصغير فافهم .

(والأصل فيه قوله ﷺ « الذكاة ما بين اللبة واللحين ») . أي الأصل في الذبح
قوله ﷺ ولم يثبت هذا الحديث بهذه العبارة . وإنما أخرج الدارقطني « رح » في سننه
عن سعيد بن سلام العطار « رح » حدثنا عبد الله بن هذيل الخزاعي عن الزهري عن سعيد
ابن المسيب عن أبي هريرة « رض » قال بعث رسول الله ﷺ هذيل بن البرقاء الخزاعي
على حمل أوراق يصح في محتاج صبي إلا أن الذكاة في الحلق واللبة فقال في التنقيح هذا
إسناد ضعيف بكرة وسعيد بن سلام أجمع الأئمة على ترك الاحتجاج به ، وكذبه ابن
غير ، وقال البخاري « رح » يذكر موضع الحديث . وقال الدارقطني « رح » يحدث
بالبواطيل متروك .

وأخرجه عبد الرزاق « رح » في مصنفه موقوفاً على ابن عباس وعلي وعمر رضي الله
تعالى عنهم الذكاة في الحلق واللبة . وقد فسرنا اللبة واللحين عن فرد . وهذا من باب
تسمية الحال باسم المحل . كقولهم جرى النهر وسال الميزاب .

(ولأنه مجمع المجرى والعروق) أي ولأن ما بين الحلق واللبة مجرى الطعام والماء

فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه ، فكان حكم الكل
سواء قال والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم ، والمريء
والودجان لقوله عليه السلام أفر الأوداج بما شئت

وجمع العروق السارية في البدن ، (فيحصل بالفعل فيه) أي فيما بين الحلق واللبة وأراد
الفعل فعل الذبح (انهار الدم على أبلغ الوجوه) أي اسالة الدم . يقال انهرت الدم إذا
أسلته . وقال ابن دريد انهر العرق ، إذا لم ينهر دمه .

زعموا وقال ابن عباد انهر بطنه ، أي انطلق . وكذلك أنهر ، ومنه أسقط .
والنهر واحد الأنهار . (فكان حكم الكل سواء) أراد به كل الحلق وسطه
وأعلاه وأسفله .

(قال والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة) أي قال القدوري العروق التي هي محل
القطع في التذكية أربعة عروق . (الحلقوم والمريء والودجان) . الحلقوم بضم الحاء هو
الحلق والميم فيه زائدة . والمريء بالهمزة وذكره في العباب في باب مرآ بالهمزة في آخره .
وقال بقوله مريء الجزور والشاة للمتصل بالحلقوم الذي يجري فيه الطعام والشراب والجمع
مري . مثال سرير وسرر . والودجان تثنية ودج . قال الصنعاني الودج والوداج عرق في
العنق ، وهما وودجان . وقال الليث الودج عرق متصل من الرأس إلى النحر ، والجمع
الوداج وهي عروق تكشف الحلق ، (لقوله في قوله أفر الأوداج بما شئت) هذا الحديث
أخرجه أبو داود والنسائي « رح » وابن ماجه « رح » ولكن بغير هذه العبارة « فرووا »
عن سهاك بن حرب عن مري بن قطري عن عدي بن حاتم « رح » قال قلت يا رسول الله
في قوله أفرأيت أحدا أصاب صيدا وليس معه سكين أيدبح بالروة وشقة العصا فقال « أفر
الدم بما شئت واذكر اسم الله » . وفي لفظ النسائي « رح » أنهر الدم وكذلك رواه
أحمد « رح » في مسنده قال الخطابي ويروى أمر ، قال وللصواب أمر بسكون الميم
وتخفيف الراء .

قلت وبهذا اللفظ رواه ابن حبان « رض » في صحيحه والحاكم « رض » في المستدرک ،

وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي «رح» في الاكتفاء بالحلقوم والمريء

وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وقال السهيلي في الروض الأنف أمر الدم ، بكسر الميم أي أرسله . يقال الدم ما يرى سائل ، قال هكذا رواه نعاس وفسره . ورواه أبو عبد بسكون الميم وجعله من ريت الصوع والأول أشبه المغير . وجمع الطبراني في معجمه بين الروايات الثلاثة ، وفيه رواية رابعة عند النسائي في سننه الكبرى أعرف ، قلت يكون الجميع برواية أبي عبد خمس روايات توضيحها إن الأولى أمر من الأمرار ، والثانية أمر من المراء حرف ثاني ، والثالثة أنهر من الأنهار ، والرابعة أعرق من الأعراق وأصله أرق من الأراقة والهاء زائدة . والخامسة من المريء ناقص يائي . قوله أفر الأوداج أي اقطعها قالوا هو بفتح الهمزة .

قلت هنا مادتان الفري والإفراء ، فالأولى ثلاثي مجرد ، والثاني مزيد فيه ، والفرق بينهما في المعنى أن الفري هو القطع للأصلاح . والافراء هو القطع للإفساد . فعلى هذا يكون كسر الهمزة هنا أليق ، فافهم .

(وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المريء والودجين) أي الأوداج اسم جمع وأقل الجمع ثلاثة ، وأقل الودج ودجان . فكان المراد الودجين والمريء بطريق التغليب . فإن قلت الأوداج جمع وليس باسم جمع وبينهما فرق كما عرف في موضعه . قلت المراد بالاسم مفهومه اللغوي أي لفظ جمع ، ولا يريد به نحو القوم والرهط أو يكون لفظه اسم معجمه ، فإن قلت الألف واللام إذا دخلا على الجمع يصير للجنس ويقع على الأدنى قلت هذا إذا لم يكن ثمة معهود . وقد وجدنا هذا وهو الودجان فيه خلاف في الإرادة والمريء أيضاً لما ذكرنا . وإنما قلنا إن النص يتناول المريء من حيث اللفظ . والحلقوم بطريق الإقتضاء لأن قطع مجرى النفس ابلغ إلى حصول المقصود من قطع مجرى العلف . وقد فسر المصنف «رح» المريء بمجرى النفس على ما سيجيء إن شاء الله تعالى .

(وهو حجة على الشافعي «رح» في الاكتفاء بالحلقوم والمريء) أي قوله ﷺ : « أفر الأوداج وأنهر الدم بما شئت » . حجة على الشافعي «رح» . وفي وجيز الشافعية :

إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتاج مالك «رح» ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا إن قطعها حل الأكل وإن قطع

يصير قطع الحلقوم والمريء - وهذا دون الوريدين ، وبه قال أحمد «رح» وعن الأصطخري : يكفي قطع الحلقوم والمريء . وفي الحلية وهذا خلاف نص الشافعي «رح» وخلاف الإجماع . (إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) . هذا كآنه جواب عما يقال إن الوداج في قوله ﷺ : « أفر الوداج » ، جمع وأقله ثلاثة ، فأنتم شرطتم قطع الأربعة حيث قلتم : والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة ، وتقرير الجواب إن الحديث وإن كان دل على وجوب قطع الثلاثة ، ولكن إن لا يمكن قطعها إلا بقطع الحلقوم لأنه لا ينتهي قطع الوداج من غير حرج بدون قطع الحلقوم فثبت قطعه اقتضاء والثابت قضاء كالثابت نصاً .

وصار كأن النبي ﷺ نص على قطع الحلقوم ونوع من المعقول يدل على هذا ، وهو أن المقصود من إزالة الروح الذبح لتسييل الدم المسفوح الذي هو النجس على وجه التمجيل . لأن في الإبطاء زيادة تعذيب الحيوان وهذا المقصود على التمام إنما يحصل بقطع هذه الأشياء الأربعة .

(وبظاهر ما ذكرنا يحتاج مالك ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها) أي بظاهر ما ذكرنا من قطع اشتراط الأربعة . يحتاج مالك حتى لا يجوز قطع الثلاثة بل يشترط قطع جميعها ، هذا الذي نسب المصنف «رح» إلى مالك هو الذي ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ، حيث اشترط فيه على مذهب مالك قطع الأربع جميعاً حتى إذا نقص واحد منها لا يعمل . ولكن ذكر في كتاب التفريع للمالكية إن المعتبر عند مالك «رح» قطع ثلاثة أعضاء وهي الودجان والحلقوم وليس يراعى قطع الحلقوم ، وليس يراعى قطع المريء فعل هذا الذي ذكره المصنف «رح» ، إما رواية عنه أو عن أحمد (وعندنا إن قطعها) أي الأربعة المذكورة (حل الأكل وإن قطع أكثرها

أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة «رح» ، وقال لا بد من قطع
الحلقوم والمريء وأحد الودجين ، قال رضي الله عنه هكذا ذكر
القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشائخنا رحمهم
الله أن هذا قول أبي يوسف «رح» وحده ، وقال في الجامع الصغير
وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل ، وأن قطع
الأكثر من الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافاً ،

فكذلك عند أبي حنيفة «رح» (أي وإن قطع أكثر الأربعة ، يعني أن عنده يكتفى
للحل بقطع الثلاثة من الأربعة ، أي ثلاثة كانت .

(وقال) أي أبو يوسف «رح» ، ومحمد «رح» (لا بد من قطع الحلقوم والمريء
واحد الودجين) حتى لو قطع بعض الحلقوم أو المريء لم يحل . (قال) أي المصنف
رحمه الله (هكذا ذكر القدوري «رح» الاختلاف في مختصره . والمشهور في كتب
مشائخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده) أي أن قوله لا بد من قطع الحلقوم
والمريء وأحد الودجين قول أبي يوسف «رح» وحده . وذكر الكرخي «رح» في
مختصره فإن قطع من هذه الأربعة ثلاثة .

قال بشير بن الوليد روى عن أبي يوسف «رح» أن أبا حنيفة «رح» قال : إذا قطع
أكثر الأوداج أكل ، إذا قطع ثلاثة منها أكل ، من أي جانب كان ، وعلى أي وجه كان .
وكذلك قال أبو يوسف «رح» ، ثم قال بعد ذلك : لا يأكل حتى يقطع الحلقوم والمريء
وأحد الودجين . وذلك كله سواء في الإبل والبقر والغنم والصيد وكل ذبيحة . قال
وكذلك الثاقبة ينحرها الرجل فهي كذلك في القولين جميعاً في قول أبي حنيفة : إذا قطع
أكثر الأوداج . وفي قول أبي يوسف «رح» ، لا يؤكل حتى يقطع الحلقوم والمريء
وأحد الودجين ، انتهى . ولم يذكر قول محمد «رح» .

(وقال في الجامع الصغير وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل ، وإن
قطع الأكثر من الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافاً) يعني أنه لو قطع

واختلفت الرواية فيه ، فالحاصل عند أبي حنيفة « رح » إذا قطع
 الثلاث أى ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف « رح »
 أولاً ثم رجع إلى ما ذكرنا وعن محمد « رح » أنه يعتبر أكثر كل فرد ،
 وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » لأن كل فرد منها أصل بنفسه
 لانفصاله عن غيره ولوزود الأمر بفرقة فيعتبر أكثر كل فرد منها ،
 ولأبي يوسف « رح » أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينبوب
 أحدهما عن الآخر ، إذ كل واحد منهما مجرى الدم ، أما الحلقوم

لنصف من كل واحد من الأربعة لا يحل ترجيحاً للجانب الحرمه على جانب الحل عند
 الاستواء ، بخلاف ما إذا قطع الأكثر من كل فرد لرجعان الموجب للحل قوله ولم يحك
 خلافاً أي في الجامع الصغير « رح » لم يحك خلافاً في هذه المسألة (واختلفت الرواية فيه)
 أي في حكم هذه المسألة .

(والحاصل ان عند أبي حنيفة « رح » إذا قطع الثلاثة من الأربعة أي ثلاثة كان يحل
 وبه) أي وبهذا القول (كان يقول أبو يوسف « رح » أولاً ، ثم رجع إلى ما ذكرنا) وهو
 قوله لا بد من قطع الحلقوم والمرى واحد الودجين . وفي النفاة وعن أبي يوسف « رح »
 ثلاث روايات إحداها بهذه يعني قطع الثلاث أى ثلاث كانت ، والثانية اشتراط قطع
 الحلقوم مع الأخرى ، والثالثة اشتراط قطع الحلقوم والمرى واحد الوجهين .

(وعن محمد « رح » أنه يعتبر أكثر كل فرد) يعني لا بد من قطع أكثر كل واحد من
 الأربعة . (وهو رواية عن أبي حنيفة « رح ») أي ما روى عن محمد « رح » وهو رواية عن
 أبي حنيفة رحمه الله ، (لأن كل فرد منها) أي من الأربعة (أصل بنفسه لانفصاله عن
 غيره ولوزود الأمر بفرقه) أي قطعه وأراد بالأمر هو قوله ﷺ : « أفر الأوداج وانهر
 ما شئت » (فيعتبر أكثر كل واحد منها) أي من الأربعة ولأكثر حكم الكل .

(ولأبي يوسف « رح » : ان المقصود من قطع الودجين إنهار الدم) أي إمسأته .
 (فينبوب أحدهما عن الآخر إذ كل واحد منهما) أي من الودجين (مجرى الدم ، أما

يخالف المرىء فإنه مجرى العلف والماء والمرىء مجرى النفس . فلا بد من قطعها ، ولاي حنيفة « رح » أن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأى ثلاثة قطعها فقد قطع الاكثر منها . وما هو المقصود يحصل بها ، وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في إخراج الروح لانه لا يجيى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ويخرج الدم

الحلقوم يخالف المرىء فإنه (أي فإن الحلقوم) مجرى العلف والماء ، والمرىء ، مجرى النفس فلا بد من قطعها) أي من قطع الحلقوم والمرىء .

وهكذا فسر شيخ الإسلام « رح » خواهر زاده في مبسوطه وقال: المرىء عرق يحمل مجرى النفس . وقال الكشاف «رح» في تفسير سورة الأعراف : الحلقوم مدخل الطعام والشراب ، وفسره القدوري بخلاف ذلك في شرح مختصر الكرخي فقال : الحلقوم مجرى النفس ، والمرىء مجرى الطعام والودجان مجرى الدم . وهكذا ذكره في الايضاح وهو الصحيح يؤيده قوله سبحانه وتعالى : ﴿ فلولوا إذا بلغت الحلقوم ﴾ .

وقال في ديوان الادب : المرىء الذي يدخل فيه الطعام والشراب . وفي المقرب : المرىء مجرى الطعام والشراب . وفي الجمهرة : مرىء الانسان وغيره مجرى الطعام أي جوفه . وقيل المذكور في المتن غير صحيح من النسخ ، والصحيح منها عكسه .

(ولأبي حنيفة « رح » إن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام) نحو مسح الرأس وانكشاف العورة في الصلاة وتغطية الرأس في الاحرام ونحو ذلك (وأى ثلاثة قطعها فقطع الاكثر منها) أي من الأربعة .

(وما هو المقصود يحصل بها) أي والذي هو المقصود من الذبح يحصل بالثلاثة ، أي بقطعها (وهو) أي المقصود (إنهار الدم المسفوح) أي اسالته . (والتوحية في إخراج الروح) أي الاسراع والتعجيل في إزهاق الروح وهو بالحاء المهملة تن وحاء توحية إذا عجله ومنه موت وحى أي سريع والوحا بالمد والقصر السرعة (لأنه) أي لان الحيوان (لا يجيى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين) فلا

يقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزاً من زيادة التعذيب
بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئاً
احتياطاً لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن
إذا كان منزوعاً

يحتاج إلى قطع الآخر لحصول المقصود بأحدهما .

(فيكتفى فيه تحرزاً عن زيادة التعذيب) أي اكتفى بقطع أكثر الأربعة للاحتراز
عن زيادة تعذيب الحيوان ، لأن المقصود إذا حصل بالثلاثة يكون قطع الزائد زيادة في
تعذيب الحيوان بلا فائدة ، لأن ما هو المقصود من قطع الودجين يحصل بقطع أحدهما وهو
التوجيه لأن مجرى النفس إذا انقطع انقطع مجرى الطعام والشراب يموت الحيوان
من ساعته مقام الثلاثة من الأربعة في تحصيل ما هو المقصود من قطع الأربعة مقام الكل .

(بخلاف ما إذا قطع النصف) هذا يتعلق بقوله فيكتفى به ، يعني إذا قطع نصف
الأربعة لا يكتفى به ولا يحل (لأن الأكثر) أي أكثر المرخص وهو الثلاثة (باق فكأنه
لم يقطع شيئاً) لأن الاثنين لما كانا باقين كان أكثر للرخص وهو الثلاثة باقياً فلا يحل وقبل
لما كان جانب الحرمة مرجحاً كان للنصف الباقي حكم الأكثر فكأنه لم يقطع شيئاً ، وربما
لوح لهذا بقوله (احتياطاً لجانب الحرمة) أي لأجل الاحتياط لجانب الحرمة .

فإن قلت كيف قال ؟ لأن الأكثر باق والشئ إنما يكون أكثر إذا كان ما يقابله قليلاً
وهذا القائل للنصف فلا يكون قليلاً فلا يكون الباقي كثيراً . قلت الشرط قطع الثلاثة
إذ المقصود من قطع العروق أنها لازم والتوجيه . ويحصل ذلك بقطع الثلاثة فاكتمى به ،
فترك الواحدة من الأربعة ، وإذا ترك الإثنين غير مقطوعين يكون الباقي أكثر من
المشروط فافهم .

(قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن إذا كان منزوعاً) أي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد « رح » عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في الرجل يذبح الشاة بظفر
منزوع أو بقرن أو عظم وسن منزوعة فينهر الدم ويفرى الاوداج . قال اكره هذا الذبح

حتى لا يكون بأكله بأس إلا أنه يكره هذا الذبح . وقال الشافعي
المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج
ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة ، ولأنه فعل غير مشروع ، فلا

وان فعل فلا بأس (حتى لا يكون بأكله بأس إلا انه يكره هذا الذبح) . به قال مالك
« رح » في رواية .

(وقال الشافعي المذبوح ميتة) أى المذبوح بهذه الاشياء ميتة به . وقال احمد « رح »
(لقوله ﷺ) كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة »
هذا الحديث ملفق من حديثين : الأول ما رواه الأئمة الستة من حديث رافع بن خديج
وقال : كنا مع النبي ﷺ في سفر فقلت : يا رسول الله ﷺ انا نكون من الغارة فلا
يكون معنا مدى فقال : « ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا أو
ظفراً وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة . أخرجوا هذا
الحديث مختصراً . و مطولاً .

الثاني رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا أبو خالد الأحمر عن ابن جريج عن حدثه
عن رافع بن خديج قال : سألت رسول الله ﷺ عن الذبح باللبطة فقال : ما افرى الاوداج
إلا سنا أو ظفراً .

والمعجب من الاترازي « رح » حيث ذكر حديث رافع هذا في الاحتجاج للشافعي
« رح » ولم يبينه لتلفيق الحديث الذي ذكره المصنف ثم قال بيانه ان النبي ﷺ استثنى
الظفر والسن من الآلات التي يقطع بها الجرح ولم يفصل بين القائم والمزروع فلم يحجز الذبح
بها مطلقاً « كل ما انهر الدم » على حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه ومعناه : كل
ما انهر دمه اطلاقاً لاسم الحال على المحل في قوله سبحانه وتعالى : « خذوا زينتك عند »
معناه كل ما تحقق فيه انهار الدم قوله مدى الحبشة بضم الميم جمع مدية بالضم ايضاً وهي
سكين القصاب .

(ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المزروع) أي ولأن

تكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما
شئت ويروى افر الأوداج بما شئت وما رواه محمول على غير
المنزوع فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك

الذبح بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فإذا لم يكن ذكاة تكون ميتة (ولنا قوله ﷺ
« انهر الدم بما شئت » ويروى افر الأوداج بما شئت) . قد مر الكلام في هذا الحديث عن
قريب ، والاحسن ان يستدل لاصحابنا بما رواه البخاري في صحيحه .

وقال حدثنا محمد بن أبي بكر ، قال حدثنا معمر عن عبيد الله عن نافع قال سمعت ابن
كعب بن مالك عن ابن عمر أن أباه أخبره ان جارية لهم ترمى بسلع فابصرت بشاة من
غنمها موتها فكسرت حجراً فذبحتها فقال لأهلها لا تأكلوا حتى آتى رسول الله ﷺ أو
حتى أرسل إليه من يسأله فأتى النبي ﷺ أو بعث إليه ، فأمر النبي ﷺ بأكلها .

وجه الاستدلال ان الاصل في النصوص التعليل والحجر يصلح آلة للذبح لمعنى الجرح
فكذا الظفر المنزوع والسن المنزوعة بخلاف غير المنزوع ، فإنه لا يصلح آلة لكونه ممدى
الحبشة وهو مجمل الحديث الاول .

(وما رواه) أى الشافعي « رح » (محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون
كذلك) اظهاراً للجلادة . فانهم لا يقتلون ظفراً ويحدون الاسنان بالمبرد ، ويقاثلون
بالخدش والعض . هكذا ذكره النسفي « رح » . وفي الاسرار لو لم يكن تعليله ﷺ : « فانها
مدى الحبشة » غير المنزوع لأن السن والظفر مطلقاً يذكره ويراد به غير المنزوع ، أما
المنزوع بذكر مقيد ، يقال سن منزوع ، والظفر المنزوع ولم يذكر مطلقاً .

اما القرن ينبغي ان لا يكره ، بالنظر إلى تعليله ﷺ . وقد قال ابن القطان « رح »
بعد أن ذكر حديث الشافعي « رح » المذكور الذي أخرجه مسلم « رح » من حديث
سفيان الثوري عن ابيه سعيد بن مسروق عن عبانة بن زفاعة بن رافع بن جريج « رض »
قال : كنا مع النبي ﷺ ، الحديث فيه شك في موضعين في اتصاله وفي قوله أما السن
فمعظم ، هل هو من كلام النبي ﷺ أم لا . فقد روى أبو داود « رح » عن أبي الاحوص

ولأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم ، وصار
كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل ، فيكون في
معنى المنخنقة ، وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الآدمي ولأن فيه
إعساراً على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان

عن سعيد بن مسروق وسفيان الثوري « رح » عن عبانة بن رفاع بن رافع عن ابيه عن
جده رافع بن جريج « رح » قال : أتيت النبي ﷺ فقلت له يا رسول الله : انا ملاقوا العدو
غداً وليس عندنا مدي أفنذبح بالمدي وشقة العصا ؟ فقال ﷺ : « ما انهر الدم وذكر
اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنأ أو ظفراً » .

قال رافع سأحدثكم عن ذلك : اما السن فعظم وأما الظفر مدى الحبشة ، قال فهذا
كما ترى فيه زيادة رفاع بن عبانة وجده رافع وفيه بيان قوله أما السن فمن كلام رافع .
وليس في حديث مسلم « رح » من رواية الثوري وأحسبه عن ابيهما ذكر بسماع عبانة من
جده رافع إنما جابه مصنفنا سمين . ان بينها واحداً ولم يكن نصاً في حديث مسلم « رح »
ان قوله أما السن من كلام النبي ﷺ نصاً ، نسبة ابو الاحوص انه من كلام رافع « رح » .
(ولانه آلة جارحة) أي ولان كل واحد من الظفر والقرن والسن المنزوع آلة
تخرج وتخرج الدم (فيحصل به ما هو المقصود) أي بكل واحدة من هذه الأشياء (وهو)
أي المقصود (إخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع) من الظفر والسن
(لأنه يقتل بالثقل) لأنه يوجب الموت بالفراة مع الحدة .

(فيكون في معنى المنخنقة) فيكون حراماً (وإنما يكره) يعني الذبح بالظفر
المنزوع والسن المنزوعة (لأن فيه استعمال جزء الآدمي) كالوصل بشعر الآدمي والانتفاع
بالفدوة وهذا لا يتأدى في القرن .

(ولأن فيه اعساراً على الحيوان) هذا وجه آخر للكراهة أي ولأن في الذبح بهذه
الاشياء إعساراً على الحيوان وإضراراً به لضعف الآلة فيؤدي إلى زيادة تعذيب الحيوان
(وقد أمرنا فيه بالاحسان) أي والحال اننا قد أمرنا في ذبح الحيوان بالاحسان على ما يحىء
وهذا التعليل يشمل الكل .

قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم . فإن المذبوح بهاميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصاً وما لم يجد فيه نصاً يحتاط في ذلك فيقول الحل لا بأس به . وفي الحرمة يقول يكرهه أو لم يؤكل قال ويستحب أن يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة

(قال) أي القدوري (ويجوز الذبح بالليطة) بكسر اللام وسكون الباء آخر الحروف وهو قشر القصب (والمروة) وهو حجر أبيض رقيق يذبح بها كالسكين (وبكل شيء انهر الدم) أي اساله (إلا السن القائم والظفر القائم فإن المذبوح بهاميتة لما بينا) أشار به إلى قوله لأنه يقتل بالقتل .

(ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لأنه وجد فيه نصاً) على أن الذبيحة بالسن القائم ميتة ، لأنه أي لأن محمد « رح » (وما لم يجد فيه) أي في تحريمها نصاً عن النبي ﷺ ، فذلك اطلق جوابها وهذه طريقة محمد « رح » في المنصوص عليه بالتحريم أو بالتحليل انه يثبت القول وما لم يجره فيه (نصاً يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس) أي لا بأس بفعله على الفاعل .

ثم قيل كل موضع يقال فيه لا بأس فتركه أولى ، والأصح أن هذا ليس بكلي بل ينبغي أن ينظر فيه ، فإن كان ثمة شيء يدل على الجواز يتخير الفاعل وإلا فتركه كان أولى (به وفي الحرمة يقول يكرهه أو لم يؤكل) أي وفي الحرام يقول محمد « رح » يكرهه يعني فعله ، أو يقول لا يؤكل .

(قال) أي القدوري « رح » (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) والشفرة بفتح الشين المعجمة وسكون الفاء ، وهي السكين العظيم ، وشفرة السيف حده (لقوله ﷺ : ان الله كتب الاحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة

وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته . ويكره أن يضجها ثم يحد
الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلاً أضجع شاة
وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات هلا حداثتها
قبل أن تضجها

وليعد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته (هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا البخاري عن
شراحبيل بن أدي عن شداد بن أوس عن النبي ﷺ قال : « إن الله كتب الإحسان » .
الحديث أخرجه في الذبائح إلا الترمذي « رح » فإنه أخرجه في القصاص ، قوله القلة
بكسر اللقاف وهي الهيئة والحالة وكذلك الذبحة بكسر الذال الهيئة والحالة . قوله
وليرح من الإراحة أي ليعطيها الراحة بالاسراع .

(ويكره أن يضجها ثم يحد الشفرة) ذكره تقريباً في مسألة القدوري « رح » .
ويضجها بضم الياء من الاضجاع ، والضمير يرجع إلى الذبحة . وقال الكرخي « رح » في
مختصره إذا أراد الرجل أن يذبح الذبيحة كره له أن يحرها برجلها إلى المذبح ، وأن
يضجها ثم يحد الشفرة .

(لما روي عن رسول الله ﷺ أنه رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال : « لقد
أردت أن تميتها موتات ، هلا حداثتها قبل أن تضجها ») . هذا الحديث أخرجه الحاكم في
المستدرک في الضحايا عن حماد بن زيد ، عن عاصم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله
تعالى عنها أن رجلاً أضجع شاة يريد أن يذبحها وهو يحد شفرته فقال له النبي ﷺ : أتريد
أن تميتها موتات ، هل حددت شفرتك قبل أن تضجها . وقال حديث صحيح على شرط
البخاري « رح » ولم يخرجاه واعاده في الذبائح وقال على شرط الشيخين .

ورواه الطبراني « رح » في معجمه عن عبد الرحمن بن سليمان عن عاصم الأحول به
ورواه عبد الرزاق « رح » في مصنفه في الحج . حدثنا معمر عن عاصم عن عكرمة أن
النبي ﷺ رأى رجلاً أضجع شاة ، الحديث مرسل وروى ماجد في سننه عن أبي لهية
عن قرة بن جابر عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله تعالى عنها ، قال أمر

قال ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتوكل
ذبيحة . وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ . والنخاع عرق أبيض في
عظم الرقبة ،

رسول الله ﷺ ان تعد الشفرة وان توارى عن البهائم ، وقال : إذا ذبح احدكم فليجهز
ورواه أحمد في مسنده عن أبي لهيعة عن عقيل عن الزهري « رح » به ، وكذلك
رواه الدارقطني في سننه ، والطبراني في معجمه . وابن عدى « رح » في الكامل ، وأعله
بابن لهيعة . ومن جهة الدارقطني ذكره عبدالحق في أحكامه وقال الصحيح في هذا عن
الزهري « رح » مرسل . والذي أسنده لا يحتاج به . وفي موطأ مالك « رح » عن هشام عن
عاصم بن عبد الله بن عاصم بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم : أن رجلاً أخذ شفرة وأخذ
شاة ليذبحها ، فضربه عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه بالدرة وقال : انعدت الروح ،
هل فعلت هذا قبل أن تأخذها ؟ .

قوله إن تميمها موقات ، أى مرات عديدة يعني موته ، فإن قلت كيف يكون ذلك
ولا يعلم الحيوان بذبحه لأنه لا عقل له . قلت هذا سؤال ساقط ، وفيه سوء أدب ، لأن
الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه ، والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات . وما نحن فيه
ليس منها ، وأجاب في المبسوط بأن الحيوان يعرف ما يراد منه كما جاء في الخبر ألهمت
البهائم ، إلا عن أربعة خالقها ورازقها ، وضعفها وشقاؤها ، فإذا كانت تعرف ذلك
وهو يحد الشفرة عندها كان فيه زيادة ألم غير محتاج اليه ، ولهذا قيل يكره أن يذبح شاة
والأخرى تنظر إليها .

(قال ومن بلغ بالسكين النخاع) قال أى القدوري « رح » في مختصره (أو قطع
الرأس) أى رأس المذبوح (كره له ذلك وتوكل ذبيحته) أى كره فللذاهب بلوغ السكين
النخاع وقطع رأس المذبوح (وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ) أى بعض نسخ القدوري « رح » .
(والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة) أى عرق أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد
إلى الصلب وهو بضم النون والفتح لفة . وقال تاج الشريعة « رح » قال هو عرق وقد

أما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت

سهى ، إنما ذلك النخاع ثالثا وهو يكون في القفا من نخع الشاة ، إذا بلغ بالذبح ذلك
الموضع . والنخع ابلغ من النخع بالنون . وقال السفنافي ايضاً هو مشهور وإنما النخاع
خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب .

وقال مقدم صاحب العناية ورد بأن بدن الحيوان مركب وسيدهما في ذلك مما قال في
المغرب : النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب من الطعام والاعصاب
والمعروف هي شرايين واوتار واضحة حتى يسمى بالخيط أصلا . قالت قال الصنعاني

في العباب قال الكسائي النخاع . والنخاع بالحركات الثلاث : الخيط الأبيض الذي في جوف
القفا ، وقال في باب الهاء الموحدة : النخاع بالكسر العرق الذي يكون في الصلب ، وهو
غير النخاع بالنون ، فإنه الخيط الأبيض الذي يجري في الرقبة .

ونخع الشاة إذا بالغ في ذبحها وهو أن يقطع عظم رقبتها ويبلغ بالذبح النخاع ، ثم كثر
حتى استعمل في كل مبالغة انتهى . وكذلك قال الكرخي في مختصره ويكره إذا ذبحها
ان يبلغ النخاع وهو العرق الأبيض الذي يكون في الرقبة ويكره له ايضاً أن ينخعها .
قبل أن يتردد إن سلع أو نخع فلا بأس بذلك .

(أما الكراهة فلما روى عن النبي ﷺ انه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت) هذا
رواه محمد بن الحسن « رح » في كتاب الصيد من الاصل عن سعيد بن المسيب قال نهى
رسول الله ﷺ أن تنخع الشاة إذا ذبحت ، وهو مرسل وبمعناه مرفوعاً .

وقال الطبراني « رح » في معجمه حدثنا ابو خليفة الفضل بن الحارث حدثنا أبو الوليد
الطبايسي حدثنا عبد الحميد بن بهرام عن شهر بن حوشب عن ابن عباس رضى الله تعالى
عنها أن النبي ﷺ نهى عن الذبيحة ان يعرض .

ورواه ابن عدى في الكامل واهل بشهر بن حوشب انه ممن لا يحتج بحديثه ولا يبدن
به وقال ابراهيم بن الحربي في غريب القوس أن يذبح الشاة ينخع وروى البيهقي عن

وتفسيره ما ذكرناه ، وقيل معناه ، أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل
أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب ، وكل ذلك
مكروه وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب
الحيوان بلا فائدة ، وهو منهي عنه . والحاصل أن ما فيه زيادة
إللام لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه ويكره أن تجر ما تريد ذبحه
برجله إلى المذبح

هشام الرسوى وغيره عن يحيى بن أبي كثير عن مغرور الكلبي عن عمر رضى الله تعالى
عنه انه نهى عن الفرس في الذبيحة .

وقال ابو عبيدة : الفرس النخع ، يقال فرست الشاة ونخعتها وذلك أن ينتهي الذبح
إلى النخاع وهو عظم في الرقبة . وقال : بل هو الذي يكون في فقار الصلب شبيه بالملح
فنهى أن ينتهي الذبح إلى ذلك . وقال أبو عبيد : الفرس قيل هو الكسر ، نهى أن
تكسر رقبة الذبيحة قبل أن تبرد (وتفسيره ما ذكرناه) أى تفسير النخع ما ذكرناه . أراد
به قوله ومن بلغ بالسكين النخاع (وقيل معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه ، وقيل
أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب) .

قال البيهقي قال الشافعي «رح» نهى عمر رضى الله تعالى عنه عن النخع وأن تعجل إلا السن
أن تهوق ، فالنخع أن نذبح الشاة ثم تكسر قفاها من موضع الذبح ، أو تضرب لتعجل
قطع حركتها ، وكره هذا ، ولم يحرم لأنها ذكية .

(وكل ذلك مكروه) أشار به إلى التفاسير الثلاث . (وهذا) حصول الكراهة .
(لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه)
أي تعذيب الحيوان بلا فائدة منهي عنه على ما مر في الآثار المذكورة (والحاصل أن ما
فيه زيادة إللام لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه) أشار به إلى أصل جامع في إفادة معنى
الكراهة وهو كل ما فيه اهـ .

(ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح) لما روى البيهقي عن عبد الرحمن بن

وأن تنزع الشاة مثل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب
وبعده لا ألم . فلا يكره النزع والسلخ إلا أن الكراهة لمعنى زائد
وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم ، فلهذا قال
تؤكل ذبيحته .

حماد حدثنا ابن عون عن ابن سيرين أن رجلاً رآه عمر رضى الله تعالى عنه يحر شاة ليذبحها
فضربه بالدرة وقال سفه لا أم لك إلى الموت سوقاً جميلاً (وأن تنزع الشاة قبل أن تبرد
يعني تسكن من الاضطراب) أي ويكره أيضاً أن ينزع الشاة ، وتفسير النزع مستوفى
مع الآثار الواردة فيه .

(وبعده) أي وبعد أن تبرد (لا ألم فلا يكره النزع والسلخ) أي سلخ جلدها
(إلا إن الكراهة) أي غير أن الكراهة في ما ذكرنا (لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل
الذبح وبعده فلا يوجب التحريم) لوجود الذكاة الشرعية (فلهذا قال تؤكل ذبيحته) أي
فلأجل عدم موجب التحريم .

قال القدوري « رح » في مختصره : وتؤكل ذبيحته بعد أن قال كره له ذلك هي
ويكره الذبح لغير القبلة قال في الأصل أرأيت الرجل يذبح ويسمى ويوجه ذبيحته لغير
القبلة متممداً أو غير متممداً ، قال لا بأس بأكلها .

قال خواهر زاده في شرح المبسوط أما الحل فلأن الإباحة شرعاً متعلق قطع الأوداج
والتسمية ، وقد وجد ، وتوجه القبلة سنة مؤكدة لأنه قوارثته الناس ، وترك السنة لا توجب
الحرمة ، ولأنه يكره تركه من غير عذر .

وقال محمد بن الحسن « رح » في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن بن عمر الازاعي عن
واصل بن أبي جميل عن مجاهد قال : كره رسول الله ﷺ من الشاة سبعا المراءة والمثانة
والقعدة والحياء والذكروالانثيين والدم قال في تحفته ثم أبو حنيفة فسرها فقال : الدم حرام
بالنص القاطع وباقي السبعة مكروه لما انه تستخبثه الأنفس ، و اراد به الدم المسفوح ،
وأما دم الكبد والطحال ودم اللحم فليس بحرام ، ذكره في الفاية هنا ، فذلك
ذكرناه اتباعاً له .

قال وإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل
لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة ،
فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج وإن ماتت قبل قطع العروق
لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من
الصيد فذكاته الذبح ،

(قال وإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) أي قال القدوري
وقال الكرخي « رح » في مختصره ، قال أبو حنيفة « رح » إن ضرب عنق جزور بسيف
فأبأنها وسمى فإن كان ضربه من قبيل الحلقوم فإنه يؤكل وقد أساء وإن كان ضربه من قبل الظهر
فإن كان قطع الحلقوم والأوداج قبل أن تموت أكل ، وقد أساء كذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة .
وقال أبو حنيفة إن قطع رأس الشاة في الذبيحة أكل وإن تعد ذلك . وقد أساء في
التعمد . وكذلك قال أبو يوسف « رح » (لتحقيق الموت بما هو ذكاة) وهو قطع العروق به
قال أحمد ومالك « رح » وحكي عن علي وابن المسيب « رح » أنها لا تؤكل . قلنا عموم
الاحاديث وتحقيق الذكاة .

(ويكره) هذا لفظ القدوري (لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة ، فصار كما إذا
جرحها ثم قطع الأوداج) حيث يحل ويكره (وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود
الموت بما ليس بذكاة فيها) أي الشاة .

وفي شرح الكافي قال الفقيه أبو بكر الأعمش : وإنما لو كانت تعيش قبل قطع العروق
أكثر ما يعيش المذبوح حتى يحل قطع العروق ليكون الموت مضاف إليه ، أما إذا كانت
لا تعيش إلا كما يعيش المذبوح فإنه لا يحل ، لأنه يحصل الموت مضافاً إلى الفعل السابق
فلا يحل .

(قال) أي القدوري (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح) وهو أي الذي
استأنس أي الحيوان الذي صار إنساً لبني آدم في البيوت ثم أريد ذبحه فذكاته الذبح وهو
ما بين اللبة واللحين ، لأنه صار كالشاة .

وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح ، لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار اليها عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر . والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول وكذا ما تردى من النعم في بشر ، ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا . وقال مالك « رح » لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر . ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحققت فيصار إلى البديل ، كيف وأنا لا نسلم الندرة بل هو غالب

(وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) أي والحيوان الذي صار وحشياً بأن اختلط بالوحش بالبوادي من النعم وهي الإبل والبقر والغنم . وكلمة من في الموضعين للبيان لأنه صار كالوحشي . وذكاة الوحشي بالعقر والجرح كيفما اتفق ، (لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر) . أشار به إلى قوله : والثاني كالبدل من الأول اهـ . (والعجز متحقق في الوجه الثاني) وهو توحش النعم (دون الأول) وهو ايناس الصيد .

(وكذا ما تردى من النعم في بشر) أي سقط بأن وقع الجمل أو البقر أو الشاة في بشر (ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا) أشار به إلى قوله لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز ويقولنا قال الشافعي وأحمد والثوري « رح » (وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين) يعني في الاستئناس الصيد وتوحش النعم . وبقوله قال الليث وربيمة (لأن ذلك نادر) فلا يتغير عن حكمه الأصلي .

(ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البديل ، كيف وأنا لا نسلم الندرة بل هو غالب) يدل عليه قوله عنه : أن لها أوابد كأوابد الوحش ، يعني أن لها توحش كتوحش الوحش ، فقد اعتبر التوحش .

فإن قلت روى أن ناضحاً وقع في بشر فسئل سعيد بن المسيب «رض» أوتنحر من مؤخره

وكان رأسه في السفلى ، فقال لا إلا في نحر ابراهيم عليه السلام ، قلت وروى مسلم عن زائدة اخبرنا سعيد بن مسروق عن عبادة عن جده قال : كنا مع رسول الله ﷺ وقد نصبت القدور ، فأمر رسول الله ﷺ بالقدور فأكفيت ، ثم قسم بينهم فعدل عشرأ من الغنم ببعير فند بعير من ابل القوم وليس في القوم إلا خيل يسيرة ، فرماه رجل بسهم فحبسه فقال رسول الله ﷺ : لأن هذه اوابد كأوابد الوحش فماند عليكم منها ، فاصنعوا به هكذا .

واخرجه البخاري «رح» ايضاً باسناده إلى عبادة بن رفاعة بن رافع بن خديج عن رسول الله ﷺ . وروى محمد «رح» في كتاب الاصل وفي كتاب الآثار ايضاً ، أخبرنا أبو حنيفة عن سعيد بن مسروق عن عبادة أبو رفاعة عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ، أن بعيراً تردى في بئر بالمدينة فلم يقدر على نحره فوخز بسكين من قبل خاصرته حتى مات ، فأخذ منه ابن عمر رضى الله تعالى عنها عشرين بدرهمين .

وقال محمد ايضاً أخبرنا أبو حنيفة «رح» عن حماد عن ابراهيم في مترد في بئر على إذا لم يقدر على منعره فحيث ما جاءت فهو منعره . وقال محمد «رح» وبه اخذه وهو قول أبي حنيفة «رح» .

وقال البخاري «رح» في صحيحه : ما ند من البهائم فهو بمنزلة الوحش ، وأجازه ابن مسعود «رح» وقال ابن عباس : ما أعجزك من البهائم مما في يديك فهو كالصيد وفي بعير تردى في بئر من حيث قدرت ، ورأى ذلك علي وعمر وعائشة رضى الله عنهم . إلى هنا لفظ البخاري في صحيحه ، فإذا كان كذلك فالتمسك بقول ابن المسيب بعيد جداً قوله : فأكفيت أى افرغت ، قوله : فند بعير أى شرد وهرب . قوله عشرين بفتح العين المهمة وكسر الشين المعجمة .

وقال خواهر زاده في شرحه : فقد اختلفوا في تفسير العشر ، قال بعضهم هو العشر لأن العشر أو العشير سواء كالنصف والنصف ، وقال بعضهم العشير الامعاء . قال الاترازي : هذا تفسير ما صح عندي وما وجدته في كتب اللغة ، قلت لعل هذا عبارة

وفي الكتاب أطلق فيها توحش من 'النعم' . وعن محمد 'رح' ، أن
الشاة إذا نذت في الصحراء فذكاتها العقر . وان نذت في المصر
لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها . فيمكن أخذها في المصر
فلا عجز ، والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنها يدفعان عن
أنفسهما فلا يقدر على أخذهما ، وأن ندافي المصر فيتحقق العجز

بضم العين وهي القطعة من كل شيء وهو المناسب هنا على ما لا يخفى ويكون وقع فيه
التصحيح من النسخ .

(وفي الكتاب أطلق فيها توحش من 'النعم') أى في مختصر القدورى 'رح' ، أطلق
الحكم ولم يفصل بين الند في الصحراء وفي المصر (وعن محمد 'رح' ، ان الشاة إذا نذت
في الصحراء فذكاتها العقر ، وان نذت في المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها
فيمكن أخذها في المصر فلا عجز . والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنها يدفعان
عن أنفسهما فلا يقدر على أخذها ، وان ندافي المصر فيتحقق العجز) لأن البقر يدفع
بقرنه والبعير بشفره وثابه ، ويخاف القتل منها فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيها .

وفي العميون قال محمد 'رح' ، في رجل رمى حمامة أهلية في الصحراء وسمى فلا يؤكل
لأنه ما روى إلى المنزل إلا لأن تكون حمامة لا تهتدى إلى منزلها .

وروى ابن سبعة عن أبي يوسف 'رح' ، في البعير أو الثور يند فلا يقدر على أخذه
قال : ان علم انه لا يقدر على أخذه إلا أن يحتج لها جماعة كثيرة فله أن يرميه ، وأما
الشاة فلا يجوز إذا كانت في المصر لأن البعير يند ويصول ويمتنع . والثور نطوح فيمتنع ،
وفي الأصل أرايت أن أصاب قرن البعير أو الظلف سهماً هل يؤكل ؟ قال إن دمي حل
وأن لم يدم لا يحل . وفي النوادر دجاجة تعلقت بشجرة لا يصل إليها صاحبها فرماها ،
فقال إن كان يخاف فوتها يؤكل وإلا لا . وفي التوازل بقرة تمسرت عليها الولادة فادخل
صاحبها يده وذبح الولد حل أكله ، وإن خرج في غير موضع الذبح أن كان لا يقدر على
مذبحه يحل ايضاً ، وإن كان يقدر لا يحل .

والصيال كالند إذا كان لا يتقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله . قال والمستحب في الإبل النحر ، فإن ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره إنما الاستحباب فيه لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة

(والصيال كالند) . وفي بعض النسخ كالند والصيال الجملة . (إذا كان لا يتقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله) . قال القدوري في شرحه تختصر الكرخي وحكى في المنتقى وفي البعير إذا صال على إنسان فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله إذا كان لا يتقدر على أخذه وضمن قيمته فجعل الصول بمنزلة الند .

(قال والمستحب في الإبل النحر ، فإن ذبحها جاز ويكره ، والمستحب في البقر والغنم الذبح) أي قال القدوري «رح» والذبح هو قطع العروق التي في أعلى العنق حتى اللحيين ولا خلاف بين أهل العلم أن النحر في الإبل مستحب والذبح فيها سواها .

قال الله سبحانه وتعالى ﴿ فصل لربك وانحر ﴾ أي الجزور . وقال سبحانه وتعالى ﴿ وفديناه بذبح عظيم ﴾ وهو الكبش ، ولأنه ﷺ ضحى بكبشين فذبحهما بيده ونحر بدنة أي جزوراً متفق عليه .

(فإن نحرهما جاز ويكره) أي فإن نحر البقر والغنم جاز ويكره فعله إلا المذبح . (إنما الاستحباب فيه لموافقة السنة المتوارثة) وهي ما رواه البخاري في صحيحه بأسناده عن أنس «رض» قال نحر رسول الله ﷺ سبع بدئات بيده قياماً وذبح بالمدينة كبشين أملحين أقرنين .

وروى مسلم بأسناده عن جابر قال كنا نتمتع مع رسول الله ﷺ فيذبح البقرة عن سبعة (ولاجتماع العروق فيها) أي في البقر والغنم (في المنحر وفيهما في المذبح) وهو موضع المذبح .

(والكراهة) بالرفع عطفاً على قوله الاستحباب أي الكراهة الحاصلة في نحر البقر

لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل ، خلافا لما يقوله مالك أنه لا يحل . قال ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر ، وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف ومحمد إذا تم خلقته أكل . وهو قول الشافعي «رح»

والغنم وذبح الإبل (لمخالفة السنة) وهي التي ذكرناها ولأنه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة كما لو جرحها في موضع آخر (وهي) أي الكراهة (لمعنى في غيره) أي في غير الذبح والنحر لمخالفته السنة لا لذات ذبح ما ينحر .

(فلا تمنع الجواز والحل) أي إذا كان كذلك فلا يمنع النحر في موضع الذبح أو الذبح في موضع النحر جواز الفعل وحل المذبوح . (خلافا لما يقوله مالك أنه لا يحل) . قال في شرح الاقطع وعن مالك إذا ذبح البدن لم يؤكل وهذا بخلاف ما قاله أبو القاسم بن الحلاب في كتاب التفريع والاختيار ذبح البقر والغنم ونحر الإبل فإن ذبح بغيره من ضرورة فلا بأس بأكله ، وإن كان من غير ضرور أكلها ، ومن نحر شاة ضرورة أكلت ، وإن كانت من غير ضرورة كره أكلها ، ومن نحر من غير ضرورة ، أو من ضرورة فلا بأس بأكلها انتهى . (قال ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أم لم يشعر) أي القدوري أشعر الجنين : إذا نبت شعره ، مثلا أعشب المكان إذا نبت عشب . (وهذا عند أبي حنيفة «رح» وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تم خلقته أكل وهو قول الشافعي «رح») وأحمد ومالك . وفي المبسوط إلا أنه روى عن محمد «رح» أنما يؤكل الجنين إذا أشعر وتمت خلقته ، فأما ما قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا يؤكل ، وبه قال مالك والليث وأبو ثور «رح» .

وقال ابن الحلاب في التفريع ، وقال وإذا ذبحت الذبيحة فإذا وجد في جوفها جنين ميت فلا بأس بأكله إذا تمت خلقته ونبت شعره ، فإذا لم تتم خلقته ولم ينبت شعره لم يجوز

لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه

أكله ، فإن انفصل منها حياً أو استهل خارجاً انفرد بحكم نفسه ، ولم يحز أكله بذكاة أمه فإن ذكي جاز أكله وإن مات قبل ذكاته لم يحز أكله . وقال الحرقي الحبل وذكاتها ذكاة جنينها أشعر أو لم يشعر (لقوله ﷺ « ذكاة الجنين ذكاة أمه ») هذا الحديث رواه أحد عشر نفساً من الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

الأول أبو سعيد الخدري أخرجه حديثه أبو داود والترمذي وابن ماجه عن ابن مالك عن أبي الوداك عن الخدري « رض » ان النبي ﷺ قال « ذكاة الجنين ذكاة أمه » قال الترمذي هذا حديث حسن وهذا لفظه ، ورواه ابن حبان في صحيحه وأحمد في مسنده عن موسى بن أبي اسحق عن أبي الوداك به . ورواه الدارقطني في سننه وزاد أشعر أو لم يشعر فقال الصحيح انه موقوف . قال الحافظ وقال المنذرى اسناده حسن ويونس وان تكلم فقد احتج به مسلم في صحيحه .

الثاني : جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنه ، أخرجه حديثه أبو داود « رح » عن عبدالله بن أبي زياد القداح عن أبي الزبير عن جابر « رض » عن رسول الله ﷺ قال ذكاة الجنين ذكاة أمه . وعبيد بن أبي زياد فيه فقال ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا عبد الأعلى ، حدثنا حماد بن شعيب عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً نحوه .

الثالث : أبو هريرة رضي الله عنه ، أخرجه حديثه الحاكم في المستدرک عن عبدالله بن سعيد المقبري عن جده عن أبي هريرة « رح » مرفوعاً ، وقال اسناده صحيح وليس كما قال فان عبدالله بن سعيد المقبري متفق على صحته وأخرجه الدارقطني عن عمرو بن قيس عن عمرو بن دينار عن طاووس عن أبي هريرة . وقال عبد الحق لا يحتاج باسناده . قال ابن القطان وعلته عمرو بن قيس وهو المعروف بدلي ، فانه متروك .

الرابع : ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أخرجه حديثه الحاكم عن محمد بن الحسن الواسطي عن محمد بن اسحق وهو يدلّس ولم يصرح بالسماع فلا يحتج به ، ومحمد بن الحسن الواسطي ذكره ابن حبان في الضعفاء . وروى له هذا الحديث وله طريق آخر عنه الدارقطني عن عاصم بن يوسف عن مبارك بن مجاهد عن عبيد الله بن عمر عن نافع به .

وقال ابن القطان ، وعاصم رجل لا يعرف له حال ، وقال في التنقيح ، مبارك بن مجاهد ضعفه غير واحد .

الخامس : أبو ايوب رضى الله تعالى عنه اخرج حديثه الحاكم عن شعبة عن ابن أبي ليلى عن اخيه عبد الرحمن بن ابي ليلى عن ايوب مرفوعاً .

السادس : عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنها اخرج حديثه الدارقطني عن علقمة قال، أراه رفعه ورجاله رجال الصحيح . الاسنح سنحه احمد بن الحجاج ابن الصلت .

السابع : عبدالله بن عباس وموسى بن عثمان الكندي عن ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس وموسى هذا قال ابن القطان مجهول .

الثامن : كعب بن مالك رضى الله تعالى عنه اخرج حديثه الطبراني في معجمه عن اسماعيل بن مسلم عن الزهري عن عبدالرحمن بن كعب بن مالك مرفوعاً نحوه . قال ابن حبان في كتاب الضعفاء اسماعيل بن مسلم المكّي ابو ربيعة ضعيف ضعفه ابن المبارك وتركه يحيى وليس هذا اسماعيل بن مسلم البصري العبدي صاحب المتوكل ذاك ثقة .
التاسع : ابو أمامه .

العاشر : أبو الدرداء رضى الله تعالى عنها اخرج حديثها البزار في مسنده عن بشير بن عمارة عن الاحوص بن حكيم عن خالد بن سعدان ، عن أبي الدرداء وابي أمامة «رح» قالوا قال رسول الله ﷺ ذكاة الجنين ذكاة أمه . وقال البزار وقد روى هذا الحديث من وجوه عن أبي سعيد الخدري وأبي أيوب وغيرها . أو على من رواه أبو الدرداء «رض» ورواه الطبراني في معجمه ، إلا انه قال عن راشد بن سعد عوض خالد بن سعدان . وكذلك فعل ابن عدى في الكامل وليس بشير بن عمارة ثم قال وهو عندي حديثه إلى الاستقامة أقرب ولا اعرف له حديثاً منكراً .

الحادي عشر : علي رضى الله تعالى عنه اخرج حديثه الدارقطني ، وعن الحارث عنده . والحارث معروف وفيه موسى بن اسماعيل الكندي ، قال ابن القطان مجهول . قال عبد الحق في احكامه هذا حديث لا يحتاج باسانيده كلها ، وأقره ابن القطان عليه .

ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض .
ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها . وكذا حكما حتى يدخل في
البيع الوارد على الأم ويعتق باعتاقها . وإذا كان جزءاً منها فالجرح
في الأم ذكاة له عند العجز من ذكاته كما في الصيد وله أنه أصل
في الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا
يفرد بإحياء الغرة

(ولأنه) أى ولأن الجنين (جزء من الأم حقيقة لأنه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض)
أى حتى يفصل الجنين عن أمه بقطع سرته بالمقراض (ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها)
أى بغذاء أمه وهذا كله دليل على كونه جزءاً من الأم .
(وكذا حكما) أى وكذا جزء من الأم حكما من حيث الحكم (حتى يدخل في
البيع الوارد على الأم ويعتق بإعتاقها) أى يعتق الجنين باعتاق أمه في بني آدم ، وقال في
الاسرار لو قال اعتقت الامة إلا ما في البطن عتق ما في البطن كما لو قال اعتقتها إلا يدها .
(وإذا كان جزءاً منها) أى وإذا كان الجنين جزءاً من الأم حقيقة وحكما . (فالجرح
في الأم ذكاة له عند العجز من ذكاته) أى عند عدم القدرة على ذكاة الاختيار في الجنين (كما في
الصيد) إذا لم يوجد القدرة على ذكاة الاختيار ، اكتفى بذكاة الاضطراب وهي الجرح في
أي موضع كان . وكما في البعير الناد . فكذا اكتفى بذكاة الأم .
(وله) أى ولأبي حنيفة رضى الله تعالى عنه (أنه) أى الجنين (أصل في الحياة حتى
يتصور حياته بعد موتها) أى بعد موت الأم ولا يتوهم بقاء الجزء حياً بعد الانفصال
وبعد موت الأصل .

(وعند ذلك) أى عند كونه أصلاً في الحياة (يفرد بالذكاة) يعني يذكر على حدة
ولا يذكر بذكاة أمه (ولهذا) أى ولكونه أصلاً في الحياة (يفرد بإحياء الغرة) يعني
إذا أكلت الأم ومات الجنين من ذلك يضمن التالف ودية الأم وغرة الجنين . ولو كانت
جزء الأم لكان بمنزلة اليد والرجل . ولا يجب في هذه الأعضاء شيء بعد إحياء الدية .

ويعتق باعتاق مضاف إليه ، وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي ، وما هو المقصود من الذكاة ، وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه . فلا يجعل تبعاً في حقه بخلاف الجرح في الصيد . لأنه سبب لخروجه ناقصاً ، فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر . وإنما يدخل في البيع تحرياً لجوازه كيلا يفسد باستثنائه ، ويعتق باعتاقها

(ويعتق) أي الجنين (باعتاق مضاف إليه) أي إلى الجنين دون الأم . (وتصح الوصية له وبه) أي للجنين والجنين فلهذه الأشياء كلها أحكام النفوس لا الأجزاء (وهو) أي الجنين (حيوان دموي) ، مثل أمه فلا يكون ذكاة أمه سبباً بخروج الدم منه (وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز) أي التمييز وهكذا هو في بعض النسخ أي الفصل من الرطوبات السائلة النجسة . واللحم طاهر أشار إليه بقوله (بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم) قوله لا يحصل خبر لقوله وما هو المقصود (إذ هو) الجنين (ليس بسبب لخروج الدم عنه) أي عن الجنين (فلا يجعل تبعاً في حقه) أي فلا يجعل الجنين تبعاً لأمه في حق خروج الدم .

(بخلاف الجرح في الصيد) هذا جواب عن قولها كما في الصيد تقريره أن يقال إن القياس على الصيد غير صحيح لأن أصل الجرح وجد في الصيد (لأنه) أي الخروج في الصيد (سبب لخروجه ناقصاً) أي لخروج الدم عنه حال كونه ناقصاً لكونه من غير الذبح (فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر) أي عند عدم القدرة على الأصل وهو الذبح في الحلق . فأقيم السبب الذي هو الجرح وإسالة الدم مقام السبب . بخلاف الجنين فإنه لم يوجد فيه الجرح أصلاً .

(وإنما يدخل في البيع) جواب عن قولها حتى يدخل في البيع الوارد على الأم تقريره . وإنما يدخل الجنين في بيع أمه (تحرياً) أي طلباً (لجوازه) البيع (كيلا يفسد) أي البيع (باستثنائه) أي باستثناء الجنين لأن استثناءه يفسد البيع . (ويعتق باعتاقها)

كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق .

جواب عن قولهما ويعتق باعتاقها ، أى يعتق الجنين باعتاق الأم (كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق) والولد يتبع الأم في الحرية والرقية .

ولم يجب على قولهما وتفدى بغذائها ، فجوابه أن يقال لا نسلم ذلك ولكن هل يقيه الله تعالى في بطن أمه من غير غذاء ؟ ويوصل الله سبحانه وتعالى الغذاء إليه كيفما شاء فإن قدرته الباهرة لا تعجز عن ذلك .

فان قلت هل لأبي حنيفة أثر في ذلك ؟ قلت روى محمد «رح» في كتاب الآثار وقال أخبرنا أبو حنيفة «رح» عن حماد عن ابراهيم قال لا تكون ذكاة نفس ذكاة نفسين ، يعني الجنين ، وإذا ذبحت أمه لم يؤكل حتى تذكر ذكاته .

فان قلت كيف جاز له ترك الحديث المرفوع الصحيح والعمل بأثر التابعي قال قلت في الاسرار لعل هذا الحديث لم يبلغ أبا حنيفة «رح» فانه لا تأويل في المبسوط ، لا يكاد يصح هذا . قلت فيه نظر لأننا قد بينا أن الحديث صحيح وما نقله في الاسرار حسن . واستدل بعضهم لأبي حنيفة بقوله عليه السلام إلا أن الذكاة في الحلق واللبة بين أن جنس الذكاة في الحلق واللبة لأنه ذكرهما بلام التعريف . ولا معهود ان كان لتعريف الجنس . فلو حل الجنين بدون ذكاة في اللبة والحلق لا يكون الجنس منعصراً فيه وقال ابن حزم لا يترك نفس القرآن وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ﴾ وقوله ﴿ إلا ما ذكيت ﴾ بالخبر المذكور واختار في ذلك قول أبي حنيفة «رح» واختاره أيضاً زفر والحسن ابن زياد كما ذكرنا .

وهذا الحد من ما قاله ابن المنذر ولم يرو عن أحد من الصحابة والتابعين وسائر العلماء أن الجنين لا يؤكل إلا بانشاء الذكاة فيه إلا ما روى عن أبي حنيفة «رح» ولا أحسب أن أصحابه وافقوه عليه وكيف يقول هذا وقد وافقه من أصحابه زفر والحسن بن زياد وقال به ابراهيم النخعي كما بينا .

فان قلت ، لم لا يجيب المصنف «رح» عن الحديث . قلت قال صاحب العناية لأنه لا يصح الاستدلال ، لأنه يروى ذكاة أمه بالرفع والنصب فان كان منصوباً فلا اشكال أنه

فصل

فيما يحل أكله وما لا يحل ،

شبيه ، وإن كان مرفوعاً فكذلك ، لانه أقوى في التشبيه من الاول . وقال الكاكي «رح» والمراد من الحديث التشبيه لا الانشاء أي ذكاة الجنين كذكاة أمه كقول الشاعر :
فميناك عينها وجيدك جيدها ولكن عظيم الساق منك دقيق
أي عيناك شبيهة بعيني الجنية ، ولولا المراد به بما قالوا لقال : « ذكاة الأم ذكاة الجنين » ، كما يقال لسان الوزير لسان الأمير ، وإن كان يحتمل ما قاله أو يحتمل ما قلنا أيضاً فكان من المشترك ، فلا يبقى حجة قلت قول صاحب العناية روى ذكاة أمه بالرفع والنصب فيه نظر لان الحافظ المتدرى قال فان قلت ما يقول في رواية أبي داود في حديث أبي سعيد الخدري «رح» أي الذي ذكرناه قال قلنا يا رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم ينحر الناقة ويذبح البقرة أو الشاة في بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله ؟ فقال «كلوه إن شئتم فان ذكاته ذكاة أمه» .

قلت هو يعارض كتاب الله وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ وقوله سبحانه وتعالى ﴿والمنخنقة﴾ والجنين الذي خرج ميتاً ميتة ومتعقق وشرط المعارضة المساواة ، ولا مساواة بين الكتاب وخبر الواحد فيحمل ذلك على التنسخ ويؤول في بطنها الجنين قريب من الموت .

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل)

أي هذا فصل في بيان (فيما يحل أكله) من الحيوانات (وما لا يحل) ولما ذكر أحكام الذبح شرع في تفصيل المأكولات منها وغيره ، إذ المقصود الأصلي من شرعية الذبح التوصل إلى الأكل وقدم الذبح لانه شرط المأكول . والشرط مقدم وقال الأترابي «رح» والانصب ان يذكر مسائل هذا الفصل جميعها في كتاب الصيد لان كل ما ذكره من الصيد إلا الفرس والبغل والحمار . قلت لا يلزم أن يكون كل ما ذكره من الصيد وقد يكون من جهة غير الصيد . والمقصود بيان ما يؤكل وما لا يؤكل فيها لضرورة أن كلا منهما يحتاج

قال ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور
لأن النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطيور وكل
ذي ناب من السباع

إلى الذبح . فالاول للحل والثاني لطيب لحمه وجلده فيكون موضعها كتاب الذبائح .
(قال ولا يجوز أكل كل ذي ناب من السباع) أي قال القدوري «رح» في مختصره
لا يجوز أكل صاحب الناب من السباع وهو قول الشافعي وأحمد وأبو ثور وأصحاب
الحديث وأكثر أهل العلم وعن بعض أصحاب مالك «رح» هو مباح ، وبه قال الشعبي
وسعيد بن جبير «رح» لعموم قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً ﴾
ولقوله سبحانه وتعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ . والمراد من ذي ناب السبع الذي
يفرس بنابه ومن ذى مخلب هو الذى يصطاد بمخلبه ، وهو المراد بالإجماع لأن كل صيد
لا يخلو عن مخلب .

وقال الكرخي في مختصره فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والضبع
والثعلب والمنور البري والاهلي . (ولا ذي مخلب من الطيور) أي ولا يجوز أيضاً كل
ذي مخلب من الطير ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور «رح» وأكثر أهل العلم .

وقال مالك والليث والاوزاعي ويحيى بن أبي سعيد «رح» لا يحرم من الطير شيء .
وهو قول أبي الدرداء «رض» وهو قول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما العموم الآيات المحلة
وذي مخلب من الطير الصقر والعقاب والباز والشاهين والنسر والغراب الأبقع والاسود
إن كان يأكل الجيف على ما يحيى والمخلب للطائر كالظفر للانسان والمراد به
مخلب وهو سلاح .

(لأن النبي ﷺ نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع)
هذا الحديث رواه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم الاول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما
أخرج حديثه مسلم في الصيد عن ميمون بن مهران عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال
نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى ناب من السبع وعن كل ذى مخلب من الطير . وقال ابن

وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم

القطان «رح» في كتابه وهذا الحديث لم يسمعه ميمون بن مهران من ابن عباس «رض» بل
بينها سعيد بن جبير «رح» .

وهكذا رواه أبو داود في سننه من حديث علي بن الحكم عن ميمون بن مهران عن
سعيد بن جبير عن ابن عباس «رض» فكذلك رواه البزار في مسنده وقال لا يعلم أحداً
رواه غير ميمون عن سعيد بن جبير عن ابن عباس «رض» ولم يذكروا سعيداً بينها .

الثاني : خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه أخرج حديثه أبو داود مرفوعاً عنه وحرام
عليكم المحرم الاهلية وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير .

الثالث : علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أخرج حديثه أحمد «رح» في مسنده
عن عاصم بن حمزة عنه أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السباع وكل ذي
مخلب من الطير .

الرابع : أبو ثعلبة الحسني ولكن روى شطر الحديث أخرج الأئمة الستة عن حديثه
أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السبع .

الخامس : أبو هريرة رضي الله عنه كذلك روى شطره أخرجه مسلم «رح» من حديثه
أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السباع فأكله حرام .

السادس : جابر بن عبد الله أخرج حديثه الكرخي في مختصره بإسناده إليه نهى
رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السبع وكل ذي مخلب من الطير . وهذه الأحاديث
نص صريح يخص عموم الآيات .

(وقوله من السباع) أي قوله ﷺ من السباع في آخر الحديث الذي (ذكر عقيب
النوعين) أي عقيب ذي مخلب وذي ناب (فينصرف إليهما) أي إلى النوعين (فيتناول
سباع الطيور والبهائم) فكأنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وعن أكل كل ذي مخلب
من الطير إنما صرف قوله من السباع إليهما لا إلى الجملة الأخيرة لكون الخبر واحداً وهي
نهى ، فيكون بمنزلة الجملتين المعقبين بالشرط ، فالشرط يتصرف إليهما لا إلى الأخيرة . كما

لاكل ماله مخلب أو ناب والسبع كل محتطف منتهب جارح قاتل عاد
عادة ومعنى . ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو
شيء من هذه الاوصاف الذميمة إليهم بالأكل

إذا قال امرأته طالق ، وعنده حر إن كلم فلانا (لاكل ماله مخلب أو ناب) أى لا
يتناول كل حيوان له مخلب كالحماسة أو ناب كالبعير ، ويميل هذا التقرير . وشيخ الإسلام
خواهر زاده في شرح المبسوط من هذا الموضع ولكن فيه نظر قوى لأنه لم يذكر قط في
الحديث في روايات الثقات لفظه من السباع إلا مقدمة عن أكل ذي مخلب من الطير ، فان
سبب صدق ذلك تقارده الاحاديث التي مرت آنفاً .

وما حديث أبي ثعلبة الحسيني الذي هو أقواها وأصحها لم يذكر فيه ذو مخلب، فإذا
تقرير المصنف وشيخ الإسلام خواهر زاده بناء على غير أصل .

فان قلت لما لا يجوز أن تكون الرواية التي ذكرها صحيحة قلت لو كان كذلك لنقلها
الثقات في كتبهم ، وإنما لافقه من التقليد . وقال الأترازي (درج) ولو صحت تلك الرواية
فيمتنع انصراف قوله إلى التوعين جميعاً لان قوله وكل ذي ناب أولى بالانصراف
إليه لكونه أقرب .

(والسبع كل محتطف منتهب جارح قاتل عاد عادة) إنما ذكر أوصاف السبع بشيء
من ذلك قوله كيلا يعدو شيء إلى آخره . ومحتطف من الخطفة ، ومنتهب من النهب ،
والفرق بينها أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل البهائم والسباع ، فلما
كان السبع مقابلاً وصف السبع بهذين الوصفين .

قال في المبسوط المراد بذئ الخطفة ما يخطف بمخلبه من الهواء كالباز والعقاب . ومن
ذئ النبهة ما ينتهب بتأنيبه من الارض كالأسد والنمب . قوله عادة من عدا عليه عدواً
أسلمه عادى فاعل اعلال قاض وقوله عادة نصب على الظرف .

(ومعنى التحريم والله سبحانه وتعالى أعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه
الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل) أى المعنى الذى ورد للتحريم لأجله في ذئ مخلب من
الطير وذئ ناب من السباع هو كرامة بني آدم ببيان أن الاختطاف والانتهاب والقتل

ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في إباحتهما

عادة أوصاف ذميمة فحرم الشرع سباع البهائم كيلا يمدوشيء من هذه الأوصاف الذميمة إلى الأكل لان العدو أثر في ذلك كما في قوله ﷺ لا يوضع لكم الحمقى فان اللبن يمدى وكانت الحرمة كرامة لبني آدم كما كانت الإباحة كذلك أو كان معنى التحريم الإيذاء والخبث فارة يكون بالناب وفارة بالخلب والخبث يكون خلقة كما في الهوام والحشرات أو بعارض كما في الجلالة .

(ويدخل فيه الضبع والثعلب) أى في التحريم لأنها ذوات من السباع (فيكون الحديث حجة على الشافعي « رح » في إباحتهما) أى الحديث المذكور وإباحتهما مصدر مضاف إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل ، والتقرير في إباحتهما ، وبقوله قال مالك وأحد « رح » في الضبع وأحد أيضاً في الثعلب في رواية ، وفي أكثر الروايات عنه أنه حرام ، وبه قال مالك « رح » وهو قولنا . واحتجوا في ذلك بما أخرجه الترمذى في الحج والأطعمة . والنسائي في الصيد والذبايح . وابن ماجة في الأطعمة ، كلهم عن عبد الرحمن بن أبي عمار « رض » قال سألت جابر بن عبد الله « رض » عن الضبع : أصيد هي ؟ قال نعم ، قلت أنت سألت رسول الله ﷺ قال نعم .

قال الترمذى حديث حسن صحيح . وقال في علله ، قال البخارى حديث صحيح ورواه ابن حبان في صحيحه بهذا السند . ورواه الحاكم في المستدرک عن ابراهيم الصانع عن عطاء عن جابر رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الضبع صيد فإذا أصابه الحرم ففيه كبش صيد يؤكل . وقال حديث صحيح ولم يخرجاه .

وأخرجه أبو داود بسند السنن ، ولم يذكر فيه الأكل ولفظه قال سألت رسول الله ﷺ عن الضبع فقال هو صيد ويجعل فيه كبش إذا اصطاده الحرم واتخذوا من هذا اللفظ إباحة أكله زاعمين أن الصيد إسم للمأكول ومنشأ الخلاف في قوله سبحانه وتعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ ﴾ . فعند الشافعي « رح » لو قتل السبع ونحوه مما لا يؤكل لا يجب عليه شيء . وعندنا يجب عليه لأن الصيد إسم للممتنع المتوحش

في أصل الخلقة قالوا لو كان هذا مراد الحلاء عن القاعدة إذ كل أحد يعرف أن الضبيع ممتنعة متوحشة . فإنما سأل جابر رضي الله تعالى عنه عن أكله سيما وقد ورد التصريح بأكلها ، قلنا هذا ينعكس عليهم لأنه لما سألوه أصيد هي ؟ قال له نعم . ثم قال سألتها أكلها قال نعم فلو كان الصيد هو المأكول لم يفد السؤال .

واستدل الإمام فخر الدين في تفسيره على أن الصيد إسم للمأكول بقوله سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً ﴾ قال فهذا يقتضي أكل صيد البحر دائماً وحل صيد البر في غير وقت الاحرام . وفي البحر ما لا يؤكل كالتمساح . وفي البر ما لا يؤكل كالسباع .

قال قلت إن الصيد إسم للمأكول ، قلت الصيد في الآية مصدر بمعنى الاصطياد ، ويكون الإضافة بمعنى في أي أحل لكم الاصطياد في البحر وحرم عليكم الاصطياد في البر . بدليل أن المحرم يجوز له أكل لحم اصطياده حلالاً عندنا وعندهم . فعلم أن المراد بالصيد في الآية الاصطياد لا الحيوان .

وقد أشار إليه المصنف فيما بعد في مسألة أكل السمك وقال إن المراد بالصيد في قوله سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ الاصطياد لا الحيوان .

والجواب عن حديث جابر رضي الله تعالى عنه أنه قال في الابتداء ثم نسخ بقوله سبحانه وتعالى ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ . ولأن حديثنا مشهور لا شك في صحته ولا يعارضه حديث جابر إن كان مشهوراً صحيحاً على ما قالوا . لأن حديثنا مروى من عدة طرق ، فلا يعارض به حديث جابر «رض» لأنه أفرد به عبد الرحمن بن أبي عمار «رح» وليس هو بمشهور بنقل أهل العلم ولا ممن يحتج به إذا خالفه ممن هو أثبت منه . كذا قال صاحب التمهيد .

فإن قلت رواه البيهقي أيضاً من طريق عطاء عن جابر رضي الله تعالى عنه قلنا في ذلك الطريق شخصان فيها كلام وهما حسان بن إبراهيم عن إبراهيم بن ميمون الصانع . أما حسان فقد ذكره النسائي في الضعفاء وقال ليس بقوي .

وأما الصانع فقد ذكره الذهبي في كتاب الضعفاء ، وقال قال أبو حاتم لا يحتج به .
على أن لنا أحاديث أخرى تدل على تحريم الضبع . منها ، أخرجه الترمذي في كتاب
الأطعمة عن اسماعيل بن مسلم المكي عن عبد الكريم بن أبي الخارق « رح » عن حبان
ابن جزمة « رح » عن أخيه خزيمة بن جزمة قال سألت رسول الله ﷺ عن أكل الضبع
قال أو يأكل الضبع أحد فيه خير .

وأخرج ابن إسحاق عن عبد الكريم بن أبي الخارق به ، فقال أو من يأكل الضبع .
وكذلك أخرجه ابن أبي شبة « رح » في مصنفه ومنده . وكذا في تاريخ البخاري « رح »
ومعرفة الصحابة لابن منذر فإن قلت هذا حديث ضعيف لأن الترمذي « رح » قال هذا
حديث ليس لإسناده بالقوي ولا نعرفه من حديث اسماعيل عن ابن أبي الخارق وقد تكلم
بعضهم فيها . وضعفه ابن حزم بأن اسماعيل بن مسلم ضعيف . وابن أبي الخارق ساقط .
وحبان بن جزمة مجهول .

قلت قال ابن معين اسماعيل بن الحزومي المكي ثقة . وقال مرة اسماعيل بن مسلم
الحزومي أصله بصري وكان بمكة وهو ضعيف . وقال ابن عدي « رح » أحاديثه غير
محمولة إلا أنه ممن يكتب حديثه وقال عمر بن علي « رح » كان صدوقاً يكثر الغلط . وعبد
الكريم بن أبي الخارق وثقه بعضهم وإن كان الجمهور على تضعيفه وحبان بن جري معروف
وابن حزم ذكره في باب الجرح والتعديل وهو أخو خزيمة بن جري وقال ابن موكول
لا حبان بن جري يروي عن حبان عن أبيه جري وعن أخيه خزيمة ولهما صحبة
ورواية عن النبي ﷺ .

روى عبد الكريم بن أمية : فإن كان الأمر كذلك لا يسقط الاحتجاج بالكلية ولا
سيما إذا اعتمدنا خبر أصح منه . وحبان بكسر الحاء وتشديد الباء الموحدة . وجري بالجم
والراء المعجمة . وأصحاب الحديث يكسرون الجيم .

قال الدارقطني « رح » : قال الخطيب بسكون الراء ولم يذكر حركة الجيم .
وقال عبد الغني : جري بفتح الجيم وكسر الراء وخزيمة بضم الحاء وفتح الزاء المعجمتين

والفيل ذو ناب فيكره . واليربوع وابن عرس من السباع الهوام

ومنه ما رواه أحمد واسحاق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم ، حدثنا جرير « رح » عن سهيل بن أبي صالح عن عبد الله بن يزيد السعدي « رح » رجل من بني سعد ابن بكر ، قال سألت سعيد بن المسيب (رض) ان ناساً من قوم يأكلون الضبع فقال : ان أكلها لا يحل . وكان عنده شيخ أبيض الرأس واللحية فقال الشيخ حدثنا عبد الله : ألا أخبرك بما سمعت أبي الدرداء يقول فيه ، فقلت نعم ، قال سمعت أبا الدرداء (رض) يقول : « نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذي خنقة ونهية ومجعة وكل ذي ناب من السباع فقال سعيد صدق .

ومنها ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري عن سهل بن أبي صالح . قال سأل رجل ابن المسيب (رض) عن أكل الضبع فنهاه فقال إن قومك يأكلونها . فقال إن قومي لا يعلمون . قال سفيان « رح » وهذا القول أحب إلي ، قلت لسفيان فإين ما جاء عن عمر وعلي (رض) وغيرهما فقال : أليس قد نهى النبي ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع ، فتركها أحب إلي ، وبه أخذ عبد الرزاق « رح » .

(والفيل ذو ناب فيكره) . فإن قلت إن لم يكن من السباع فلا يكره ، قلت الناس لا يعدونه من السباع ولكن فيه معنى السبعية وإلحاقه بالسباع يكون بنوع من الاجتهاد فهذا استعمال لفظ الكراهة . كذا قال تاج الشريعة « رح » . قلت المراد من الكراهة التحريم ، فأكله حرام . وبه قال أكثر أهل العلم إلا الشعبي « رح » فإنه أرخص في أكله لعموم قوله سبحانه وتعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً » الآية . وبه قال أصحاب الظاهر وللعمامة أنه ذو ناب فيدخل في عموم الحديث لأنه مستغث فيدخل في الخبائث .

(واليربوع وابن عرس من السباع الهوام) اليربوع بفتح الياء ، دويبة تحفر الأرض ويحمل لها موضعاً تحت الأرض ، ويحمل لها بابين أحدهما يسمى القاطما وهي التي تنقطع فيها أو تدخل وللأخرى يسمى الناقصا يجتمعا ولا يجنبها بل يرفقها فإذا أتى صياد من قبل القاطما هربت وأنت في الناقصا فدفعتهما برأسها وخرجت منها ، ويسمى بالفارسية موسى

وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنها يأكلان الجيف ،

وشق ، يعني فارة الصحراء أو ابن عرس ، بالإضافة ، دويبة . قال الليث : دويبة دون السنور اشتر أصل أسك ، وربما ألف البيت فيوكر فيه ، والجمع بنات عرس ، هكذا يجمع ذكراً كان أو أنثى وأهل مصر يسمونه عرسه ، يكثر في بيوتها أحد أقراح اللباج والأوز والحمام ونحوها ولا تأكلها ويسمى بالفارسية راسواو أهوام بتشديد الميم ، جمع الهامة وهي الدابة من دواب الأرض ، وجع الهوام ، نحو اليربوع وابن عرس . والفتنقذ : ما يكون سكناه بالأرض والحدرد مكروه أكله .

أما اليربوع فعند الشافعي وأحمد «رح» في ظاهر الرواية ، وأبي ثور مباح لأن عمر رضي الله تعالى عنه حكم فيه بحفرة ولأن الأصل فيه الإباحة ولم يرو فيه تحریم . وأما ابن عرس فعند الشافعي مباح لأنه لا قاب له كالضب . قلنا أنها من سباع الهوام فيدخل في عموم النهي ، وانها من الحبائث والخبائث حرام بلا خلاف ، لأنه ينهش بنابه . وكذا ابن آوى وبه قال أحمد والشافعي فيه قولان لأن ابن آوى يشبه الكلب ورائحته كريهة ، فيدخل في عموم قوله سبحانه وتعالى : « ويحرم عليهم الحبائث » . والكلب حرام عندنا وعند أكثر أهل العلم .

وعن مالك أنه يكره ولا يحرم كما في السباع . والقرد حرام بلا خلاف . قال ابن عبد البر : ولا أعلم بين المسلمين خلافاً أن القرد لا يؤكل ولا يحوز بيعة . وروى الشافعي «رح» أنه ~~يحرم~~ نهى عن لحم القرد لأنه سبع وهو ممسوخ أيضاً فيكون من الحبائث المحرمة .

وأما الدواب من السباع المحرمة وعن أحمد : إن كان ذا قاب يفرس به فهو محرم . فإن لم يكن له قاب أيضاً فلا بأس به .

والوابر دويبة من ابن عرس أكحل العين وهو حرام عندنا . وعند الشافعي وأحمد وأبو يوسف «رح» في رواية مباح لأنه مثل الأرنب يقتلف النبات والبقول فكان مباحاً . قلنا له قاب يفرس به ، فيدخل في عموم الحديث .

(وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنها يأكلان الجيف) أى كره العلماء أكل الرخم

قال ولا بأس بغراب الزرع لأنه يأكل الحب

بفتح الراء والحاء المعجمة . وهو جمع رخمة . قال أبو حاتم السجستاني في كتاب أسماء الطير وصفاتها : الرخمة طائر يأكل الجيف ولا يصطاد ، ولونه البياض ، ويقال له الأنوق . والجمع الرخم .

ويقال في أمثال العرب : أبعد من بيض الأنوق ، وربما خالط لونها الامماس يعني النقط الصغار ألا ترى . والرخمة تعظم العقاب ويقال لها أم جمادات ، وأم رسالة ، وأم قيس ، وحفصة ، وأم عجيبة . والذكر منها العديل والفراغ والمعائق ولا يلبث إلا في أرفع موضع يقدر عليه . وفي الصحاح الرخمة طائر أبقع يشبه النسر في الحلقة ، قيل هي تأكل عظام الميتات .

وأما البغات فهو طائر بعث اللون إلى الغبرة دون الرخمة ، لا يصيد شيئاً . وقال أبو حاتم ، قال أبو الخطاب ، مما لا يصيد من الطيور الارحام والبغات . وقال أبو عبيدة البغات من الطير صفاتها وإذا بعثها الوانها . البغات اولاد الرخم .

وقال الاصمعي البغات لثام الطير مثل للعرب أن البغات بأرضنا يستنسر أى تشبه بالنسور . يضرب مثلاً للثام الناس إذا تكبروا . وقال الاصمعي أن البغات بكسر الباء وتستنسر بالتاء . فقال ، وقال أبو عبيدة «رض» من جمل البغات واحداً قال في الجمع بغثان ، ومن اجراء مجرى النعائم وقال بغثانة وبغات . قال النجاشي فهو رخم طار بغثانها ، فليست بمسح مد لأن صفوراً وفي العباب وفي المثل أن البغات بأرضنا تستنسر ، أي من جاوزا عذبنا . وأسند أبو تمام للعباس بن مرداس السلمي رضي الله تعالى عنه وهو لمعاوية بن مالك يعد الحكماء بغاث الطير أكثرها فراخاً ، وأم الصقر ، ثم قال والثانية ثلاث حركات ، قلت مادته باء موحدة وغين معجمة ، وما مثليه ، والابث قريب من الاخير .

(قال ولا بأس بغراب الزرع) أى قال القدوري ولا خلاف فيه ويقال الزراع . قال في العباب الزاع غراب صغير يضرب إلى البياض (لأنه يأكل الحب) والجمع زيمعات مثل طاق وطبقات . وقال الأزهرى الزاع هذا الطاعم ، وجمعه زيمعات لا أدري أعربي هو

ولا يأكل الجيف ، وليس من سباع الطير . قال ولا يؤكل الأبقع
الذي يأكل الجيف وكذا الغداف . قال أبو حنيفة لا بأس بأكل
العقق لأنه يخلط . فأشبهه الدجاجة وعن أبي يوسف «رح» أنه
يكره لأن غالب أكله الجيف

أم ... (ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير) فلم يكن من الخبائث ولا يدخل تحت
النهي في قوله أي في الحديث المذكور .

(ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف) أي الغراب الأبقع الذي يأكل
الجيف والميتات . وقال الواوألجي في فتاواه وأما الغراب الأبقع والأسود فعلى ثلاثة
أوجه : إن كان يأكل الجيف يكره ، وإن كان لا يأكل الجيف ويأكل الحب والزرع
لا يكره ، وإن كان يأكل الجيف ويأكل الحب يؤكل عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف
لا يؤكل ، أي وكذا الغداف وهو غراب القيظ يعني يحىء في زمان القيظ ويكون ضخما
في الجناحين ، والجمع غذفان . قال في العباب فرما سموا بالنسر بالكسر المرسل . غذفافا
قلت يعني غراب القيظ ، يعني يحىء في زمن القيظ ، وهو شدة الحر .

(وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقق لأنه يخلط فأشبهه الدجاجة) . العقق طائر
معروف ابلق بسواد وبياض اديب يعقق بصوته . يشبه صوت الغين والقاف إذا صات .
قال القدوري في شرحه تختصر الكرخي قال أبو يوسف سألت أبا حنيفة «رح» عن
العقق فقال لا بأس به ، فقلت انه يأكل الجيف ، فقال انه يخلط بشيء آخر ، فحصل
في قول أبي حنيفة «رح» ان ما يخلط لا يكره اكله بدلالة الدجاج .

(وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب اكله الجيف) أي غالب أهل العقيق الجيف .
وبه قال احمد «رح» إن أكل الجيف . وقال شيخ الإسلام «رح» الاسبيجاني في شرح
الكافي لا خير في أكل النسر والعقاب واشباهه لأنه ذو غلب من الطير ولأنه يأكل الجيف
فيفسد لحمه ، وكذلك البازي والصقر لأنه ذو غلب من الطير ولأنه يأكل الجيف فيفسد
لحمه وكذلك القعق - يريد به اللقلق - لأنه يأكل الجيف ، وأما العقق والسودانة وما

قال ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها . أما الضبع فلما ذكرنا . وأما الضب فلأن النبي عليه السلام نهى عائشة «رح» حين سأله عن أكله .

أشبه ذلك بما لا يخلب له فلا بأس به ، وكذلك غراب الزرع لأنه يتوقى الجيف ولا يأكل الحب . وقد قيل إن العقق يأكل الجيف وإن صح كره أكله .

وقال الكرخي «رح» في مختصره ، قال أبو يوسف في السنجاب والفتك والسمور والدلف كل شيء من هذا سبع مثل الثعلب وابن عرس لا يؤكل لحمه .

وفي فتاوى الولوالجي : أكل الخطاف والفاضنة والعقق لا بأس به لأنه ليس بندي ثاب من السباع ولا ندي غلب من الطيور ، وأكل الهدهد لا بأس به لأنه ليس بندي غلب من الطيور . وقال فخر الدين قاضي خان في فتاواه ، ولا يؤكل الخفاش لأنه ذو ثاب ، وفيه نظر لأن والدهن يضم الدال وكذلك الخطاف ولا خلاف فيه لأكثر العلماء . وأما الخفاش فقد ذكر في موضع أنه يؤكل ، وفي موضع أنه لا يؤكل وبه قال أحمد . وعن أحمد الخطاف محرم والبرسة لا يؤكل بلا خلاف . وعن أبي يوسف يؤكل اليوم لأنه يختلف القول .

(قال ويكره أكل الضب والضبع والزنبور والسلحفاة والحشرات كلها) أي قال القندوري إلا الزنبور والسلحفاة وليسا في القندوري وفي العباب الضب دوية والجمع ضبات وأضبة ومضبة على مفعله كما قالوا الشيوخ مشيخة . وفي المثل أغر من ضب ، لأنه ربما أكل حولة . والاثني ضبة ، والضب لا يشرب .

والزنبور يضم الراء ، والسلحفاة يضم السين وفتح اللام وسكون الحاء . قال فاج الشريعة هي من حيوان الماء ، قلت لا يكون في البحر فكذلك يكون في البر ، والحشرات جمع حشرة وهي صفار دواب الأرض .

(أما الضبع فلما ذكرنا) أشار بقوله إلا أنه ذو ثاب يدخل فيه الضبع ، يعني أنه ذو ثاب وقد استوفينا الكلام فيه هناك .

(وأما الضب فلأن النبي ﷺ نهى عائشة رضي الله تعالى عنها حين سأله عن أكله) هذا رواه محمد «رح» بن الحسن عن الأسود عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنه ﷺ

وهو حجة على الشافعي «رح» في إباحته

أهدى له ضب ، فلم يأكله فسألته عن أكله ، فنهاها عن أكله ، فجاء سائل على الباب فأرادت عائشة أن تعطيه فقال ﷺ « تعطيه ما لا تأكله » . والنهي يدل على التحريم . وروى عن عبد الرحمن بن سئل رضى الله تعالى عنه أخرجه أبو داود في الاطعمة عن اسماعيل بن عباس وعن صمصم بن زرعة عن شريح بن عبيد عن أبي راشد الحرماني عن عبد الرحمن بن سئل أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحم الضب .

فإن قلت قال البيهقي يفرد به ابن عباس وليس بحجة ، وقال المنذري اسماعيل بن عباس وصمصم فيهما ، فقال ، وقال الخطابي ليس اسناده بذاك قلت صمصم جمعي وابن عباس إذا روى عن الشامي كان حديثه صحيحاً ، كذا قاله البخاري ويحيى بن معين وغيرهما . كذا قال البيهقي في باب ترك الوضوء من الدم في سنته ، وكيف يقول هنا وليس بحجة ، ولهذا لما أخرج أبو داود هذا الحديث سكنت عنه وهو حسن عنده على ما عرف وقد صحح الترمذي لأبن عباس عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة وشرحبيل الشامي . وروى الطحاوي في شرح معاني الآثار مسنداً إلى عبد الرحمن بن حسنة قال : نزلنا أرضاً كثيرة الضباب ، فأصابتنا مجاعة فطبخنا منها وإن القدر لتغلي بها إذ جاء رسول الله ﷺ فقال ما هذا ؟ فقلنا ضباب أصبناها فقال إن أمة من بنى اسرائيل مسخت دواب في الأرض اني أخشى أن تكون هذه فأكفئوها .

(وهو حجة على الشافعي في إباحته) أكل الضب أى حديث عائشة رضى الله تعالى عنها حجة على الشافعي في إباحته أكل الضب .

فالمصدر مضاف إلى فاعله والفاعل محذوف أو يكون مضافاً إلى مفعوله ويكون ذكر الفاعل مطوياً .

وبقوله قال مالك وأحمد والطحاوي في شرح الآثار رجح إباحة أكل الضب ثم قال لا بأس بأكل الضب ، فقال وهو القول عندنا . واستدلوا بما روى البخاري ومسلم عن خالد بن الوليد « رضى » أنه دخل مع رسول الله ﷺ على ميمونة وهى خالته فوجد عندهما ضبا محنوداً فاهوى رسول الله ﷺ بيده إلى الضب فقالت امرأة في النسوة

والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات

الحضور واخبرت رسول الله ﷺ بما قدمن له فقلن هو الضب يا رسول الله فرقع رسول الله ﷺ يده ، فقال خالد «رض» أحرام الضب يا رسول الله ﷺ قال « لا ولكن لم يكن بأرض قومي فأجديني أعافه فاحرز منه » ، فأكلته ورسول الله ﷺ ينظر إلي فلم ينه .
ومما أخرجاه أيضاً عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنها . أهدت خالة أم جميد إلى رسول الله ﷺ أقطاً وسمناً وضباً فأكل من الأقط والسمن وترك الضب تعذراً ، قال ابن عباس «رض» فأكل على مائدته ولو كان حراماً لما أكل على مائدة رسول الله ﷺ وبما أخرجاه عن الشعبي عن ابن عمر «رض» قال كان ناس من اصحاب النبي ﷺ فيهم سعد فذهبوا يأكلون من لحم ، فنادتهم امرأة من بعض اصحاب النبي ﷺ أنه لحم ضب فامسكوا ، فقال رسول الله ﷺ « كلوا وأطعموا فانه حلال » وقال لا بأس به ولكنه ليس من طعامي .

وبما رواه يعلى في مسنده حدثنا جابر ، حدثنا جرير عن يزيد بن أبى زياد ، عن يزيد بن الأصم عن خالته ميمونة قالت أهدى إلي ضب وعندى رجلان من قومي فصنعتة وقربته اليهما فأكلا منه ، ثم دخل رسول الله ﷺ وهما يأكلان فوضع يده فيه فقال : ما هذا ؟ فقلنا له ضب ، فوضعه من يده وأراد الرجلان أن يضعوا ما في أفواههما ، فقال لهما ﷺ : « لا تفعلوا فانكما أهل نجد تأكلونها ، وإننا أهل تهامة نعافها » .

والجواب عن هذا أنه يدل على الإباحة . وما استدللنا به يدل على الحرمة والتاريخ مجهول فيجمل المحرم مؤخراً عن المبيح فيكون ناسخاً له تعليلاً للنسخ .

(والزنبور من المؤذيات) لأن من ذوات السم (والسلحفاة من خبائث الحشرات) . قال داود السلحفاة حلال . وقال ابن الجلاب في التفریع ولا بأس بأكل السرطان والسلحفاة والضفدع ، وقال به أيضاً ولا بأس بأكل الطير كلها ما كان منها ذا ناب مخلب وغير ذي مخلب كاللبزة والعقاب والرخم والحدأة والغربان وسائر سباع الطيور وهي في ذلك بخلاف سباع الوحوش . وفي الحلیة والحنافس والمناكب والقطاع واللاحكاء من الخبائث . واللاحكاء دويبة كالسمك تسكن بالرمل ثقلة الجلد يعرض مقدمها ويدق مؤخرها إذا

ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وإنما تكره الحشرات كلها استدلالاً
بالضرب لأنه منها . قال ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال

أحست بإنسان غارت بالرمل . وكذا الخنفسة أو سام أبرص وحارفسان والزنابير والزباب
وما أشبه ذلك . وما كان في بلاد العجم وليس له شبيه فيما يحل ولا يحرم فيه وجهان
وقال مالك وابن أبي ليلى والأوزاعي في ذلك كله بالإباحة . وقال مالك الحبثة مباح إذا
ذكيت واحتجوا بالعمومات المبيحة من قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل لا أجد فيما أوحى
إلي محرماً ﴾ الآية .

ولنا قوله سبحانه وتعالى ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ . (ولهذا) أي ولكون
الزنبور من المؤذيات والسحفاة من الحشرات (لا يجب على المحرم بقتله شيء) أي
يقتل كل واحد منها .

(وإنما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضرب لأنه منها) أي لأن الضرب من الحشرات .
فإذا رتب الحكم على الجنس صحت على جميع أفرادها كما إذا قال طبيب للمريض لا تأكل
لحم البعير ، يتناول الكلام عن أكل الأفراد .

(قال ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال) أي قال القدوري رضي الله عنه قيد
بالأهلية لأن في الحمر الوحشية لا خلاف لا حد في إباحتها . قال الكاكي «رح» أو في
الكافي وغيره من كتب أصحابنا كان بشر المريسي ومالك يبيعان أكل المحروم اعتد على
ذلك في كتبهم وكتب أصحاب الشافعي وأحمد «رح» .

وقال في المغني لابن قدامة قال عبد البر لا خلاف بين علماء المسلمين اليوم في تحريمه ،
وإنما حكى عن ابن عباس وعائشة رضي الله تعالى عنهما إباحته بظاهر قوله سبحانه وتعالى
﴿ قل لا أجد ﴾ الآية .

قلت ذكر في التفريع للمالكية ولا بأس بأكل لحوم الحمر الأهلية ولا البغل ،
ويكره أكل الخيل .

قال شيخ الإسلام في شرح الكافي وتكره لحوم الحمر والبغال . وقال مالك «رح»
بعض فقهاء الشام لا بأس به . وأراد ببعض فقهاء الشام الأوزاعي وبه صرح فخر الإسلام

لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير .

في شرح الجامع الصغير وهم احتجوا بما أخرجه أبو داود .

وفي الإطعمة عن منصور بن عبيد أبي الحسن ، عن عبد الله بن خفل ، عن غالب بن الجرقال قال أصابتنا سنة فلم يكن في مالي شيء أطعم أهلي إلا أشياء من حمير . وكان رسول الله ﷺ حرم لحوم الحمير الأهلية فأنيت فقلت يا رسول الله ﷺ أصابتنا السنة ولم يكن عندي ما أطعم أهلي إلا سمان حمير ، وأنت حرمت الحمير الأهلية ، فقال أطعم أهلك من سمين حمرك فلما حرمتها من أجل جوال القرية .

ورواه الطحاوي في لفظ أطعم أهلك من سمين مالك ، قوله جوالي القرية بالجيم وتشديد اللام ، جمع جالة بمعنى جلالة ، وهي أكلة العذرة .

وللجمهور الكتاب قوله سبحانه وتعالى ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ﴾ الآية ٨ النحل خرجت مخرج الامتنان وقد من الله سبحانه وتعالى بمنفعة الركوب والزينة ولو كان الأكل من هذه الأشياء حلالاً لمن بذلك أيضاً ، لأن منفعة الأكل أكثر من منفعة الركوب والزينة لأن الإنسان يحبى بلا ركوب وزينة ولا يحبى بلا أكل . أى ترى أنه سبحانه وتعالى بدأ بذكر الأنعام قبل ذكر الزينة وحمل الاثقال . فقال ﴿ والآنعام خلقها لكم فيها دفر ومنافع ومنها تأكلون ﴾ إلى ﴿ رؤوف رحيم ﴾ فلم يذكر هنا منفعة الأكل مع أنه فوق منفعة الركوب والزينة دال أنه إنما لم يذكره لأن هذه الأشياء غير مأكولة اللحم والسنة وهي ما رواه جماعة من الصحابة « رض » منهم خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه أشار إليه بقوله . (لما روى خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير) أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن بقية ، حدثني ثور بن يزيد عن صالح بن يحيى بن المقدام بن معد يكرب عن أبيه عن جده عن خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الخيل والبغال والحمير .

هذا لفظ ابن ماجه ولفظ أبي داود قال غزوت مع رسول الله ﷺ خيبر فأتت اليهود

وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدر المتعة وحرم لحوم الحر الأهلية يوم خيبر

فشكوا أن الناس قد أمرعوا إلى حظائرم فقال رسول الله ﷺ ألا لا تحل أموال
المعاهدين إلا بحقها ، وحرام عليكم الحر الأهلية وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع
وكل ذي مخلب من الطير ، وعنده بقية عن ثور لم يقل فيه حدثي . وكذلك رواه الواقدي
في المغازي حدثني ثور بن يزيد عن صالح بلفظ أبي داود ، ثم قال الواقدي الثابت عندهما
أن خالد لم يشهد خيبر وأسلم قبل الفتح هو وعمرو بن العاص وعثمان بن أبي طلحة أول
يوم من صفر سنة ثمان انتهى كلامه . ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه والدارقطني
في سننه . وقال أبو داود هذا منسوخ . وقال النسائي لا أعلم رواه غير بقية وتشبه أن
كان صحيحاً أن يكون منسوخاً لأن قوله في حديث جابر «رض» وأذن في لحوم الخيل
دل على ذلك وأخرجه عن صالح به ، وأخرجه الدارقطني عن الواقدي ، حدثنا ثور بن
يزيد ، ونقل عن موسى بن هارون أنه قال لا يعرف صالح بن يحيى ولا أبوه ولا جده
وهذا حديث ضعيف . وزعم الواقدي «رح» أن خالد بن الوليد «رض» أسلم بعد فتح
خيبر ، ثم أخرجه عمر بن هارون البلخي حدثنا ثور بن يزيد عن يحيى بن المقدم بن معد
يكرب عن أبيه عن جده خالد بن الوليد «رض» فذكره قال لم يذكر في إسناده مضطرب ،
وقال البخاري في تاريخه صالح بن يحيى بن مقدم فيه نظر ، وقال البيهقي في المعرفة
وإسناده مضطرب وهو مخالف للحديث الثقات انتهى . ومنهم علي بن أبي طالب رضي الله
تعالى عنه أشار إليه بقوله (وعن علي «رض» أن النبي ﷺ أهدر المتعة وحرم لحوم الحر
الأهلية يوم خيبر) . أخرجه البخاري ومسلم عن عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن
أبيها عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء
يوم خيبر وعن أكل الحر الأنسية .

ذكره البخاري «رح» في غزوة خيبر ومسلم في الذبائح ، وأخرجاه في النكاح أيضاً
كذلك وفي لفظ البخاري عام خيبر . وفي لفظ له زمن خيبر .

ومنهم عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنها أخرج حديث البخاري «رح» مسنداً إلى

سالم ونافع عن ابن عمر «رضى» نهى النبي ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ، ومنهمم البراء وابن أبي أوفى رضى الله تعالى عنهما . أخرج حديثهما البخاري أيضاً بإسناده إليهما قالاً نهى النبي ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية ومنهمم أبو ثعلبة أخرج البخاري أيضاً حديثه قال حرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر الأهلية .

ومنهمم عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنها . أخرج حديثه أبو داود عن طاوس عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وعن الجلالة وعن ركوبها وأكل لحما .

ومنهمم عبد الله بن العباس رضى الله تعالى عنها . أخرج حديثه الطحاوي بإسناده إلى مجاهد عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحوم الحمر الأهلية . ومنهمم أبو سليط وكان بدريا رضى الله تعالى عنه . أخرج حديثه الطحاوي أيضاً بإسناده إلى عبد الله بن أبي سليط عن أبيه وكان بدريا قال لقد أتاها نهى رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الحمر ونحن يجرؤان القدور تفور بها فأكفيناها على وجوهها ومنهمم أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه . أخرج حديثه الطحاوي أيضاً بإسناده إلى ابن سيرين عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه قال : لما افتتح النبي ﷺ خيبر أصابوا حمراً فطبخوا منها ، فنادى منادى رسول الله ﷺ : ألا إن الله ورسول الله ﷺ ينهاكم عنها فلإنها نجس فاكفوا القدور .

وأخرجه البيهقي أيضاً في سننه ومنهمم أبو هريرة رضى الله تعالى عنه . أخرج حديثه الترمذي عن محمد بن عمرو بن أبي سلمة عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه : أن رسول الله ﷺ حرم يوم خيبر كل ذي ناب من السباع والمهيعة والحمارى الانسية . وقال حديث حسن صحيح .

ومنهمم المقداد رضى الله تعالى عنه ، أخرج حديثه البيهقي أيضاً من حديث معاوية ابن صالح ، حدثني ابن جابر سمع المقداد صاحب النبي ﷺ يقول : حرم رسول الله ﷺ أشياء يوم خيبر ومنهمم الحمار الأهلى . وقال الذهبي إسناده قوي .

ومنهمم سلمة (رضى) ، أخرج حديثه البخاري ومسلم « رضى » عنه قال : لما قدمنا خيبر رأى رسول الله ﷺ نيراناً توقد قال : علام توقد هذه النيران ؟ قالوا له : لحوم الحمر

الأهلية ، قال : إكسروا القدور وأهرقوا ما فيها ، فقيل : يا رسول الله ﷺ أنريق ما فيها ونفسلها ؟ قال : إذ ذاك .

ومنه جابر «رض» على ما يأتي عن قريب فهؤلاء الاربعة عشر صحابياً روى تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية ، والجواب عن حديث غالب بن الحارث حديث في اسناده اختلاف كثير ، منهم من يقول عن عبيد بن الحسن ، منهم من يقول عن عبد الرحمن بن معقل ، ومنهم من يقول عن ابن معقل وغالب بن الحر ويقال الحر بن غالب ، ومنهم من يقول غالب بن ذريح بن غالب ، ومنهم من يقول عن أنس بن مذبذبة أن رجلاً أتى النبي ﷺ . ومنهم من يقول أن رجلين سألا النبي ﷺ .

وهذه الاختلافات بعضها في معجم الطبراني «رح» ، وبعضها في مصنف ابن أبي شيبة ، وبعضها في مصنف عبد الرزاق ، وبعضها في مصنف البزار . وقال البزار «رح» : لا يعلم لأب غالب بن الحر غير هذا الحديث .

وقد اختلف فيه فبعض أصحاب عبيد بن الحسن يقول عن غالب بن الحر ، ومنهم من يقول عن الحر بن غالب ، ومنهم من يقول عن غالب بن ذريح ، انتهى .

وكذلك اختلف في الميتة . فمنهم من يقول كل من سمين مالك ، وقال البيهقي «رح» في المعرفة وحديث غالب بن الحر اسناده مضطرب وإن صح فلأنما رخص له عند الضرورة حيث يباح الميتة . وقال في سننه الكبير ومثل هذا لا يعارض الصحاح المصروفة بالتحريم انتهى .

قلت الدليل على أنه أباح ذلك عند الضرورة ما حدث الطحاوي «رح» في شرح الآثار مسنداً إلى غالب بن ذريح فإن قيل النبي ﷺ : انه أصابتنا سنة وان سمين مالنا في الحمر يقال كلوا من سمين مالكم فأخبر أن ما كان أباح لهم ذلك في عام سنه ضرورة ولا يدل ذلك على الإباحة ونقول ما روى غالب بن الحريدل على الإباحة وما روى غيره يدل على التحريم ، والتاريخ مجهول فيجعل دليل الحرمة مؤخراً تغليباً للنسخ أو يقول معنى قوله كل من سمين مالك أي كل ثمنه كما يقال أكل فلان عقاره أي ثمنه قال الشاعر:

قال ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة «رح»، وهو قول مالك
«رح»، وقال أبو يوسف «رح»، ومحمد «رح»، والشافعي «رح»، لا
بأس بأكله بحديث جابر رضي الله عنه أنه قال : نهى رسول الله
ﷺ الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل
يوم خيبر .

إن لنا حمراً عجافاً يأكل كل ليلة أكافاً

والمراد ثمن الاكان لا يقال حرمها لقلة الحبر يوم خيبر بل لأنها نهب لم تخمس لأن ابن
عوفي يعني ابن خيبر فذكر له ذلك فقال له حرمها البتة فتبين انه ما حرمها لقلة الحمر
ولأنه ﷺ أمر بالكفاء القدور بعدما صار لحماً ما بقي فيه منفعة الحمر وصار هو ما كؤلاً
وفيه منفعة القائمين بالطعام فلا بأس بالكفاء والله سبحانه وتعالى أعلم .
وأما البغال فكذلك حرام أكلها لقوله سبحانه وتعالى : «والخيل والبغال» كما قد
ذكرنا ولأن الولد قد يتبع الام في الحل والحرمه . وأما البغل أو الفرس أو الحمار ،
وايا ما كان فالبغل مكروه لأن الام مكروهة الأكل عند أبي حنيفة «رح» وقال ظهير
الدين الولوالجي «رح» في فتاواه أما البغال ان كان الفرس نزا على الحمار يكره لأن لما
للإناث غيره بالجماع ، وأما الحمار إذا نزا على الرمكة فكذلك قيل هذا قول أبي
حنيفة . وأما على قولها فلا بأس به لأنه ليس لماء الفحل غيره فبقي ماء الام وعندهما لا
بأس بأكل الام وينكر أن يسمى بغلاً والظاهر أن الاول قول الكل .

(قال ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله) أي قال القدوري في مختصره
(وهو قول مالك رحمه الله) أي قول أبي حنيفة هو قول مالك وبه قال الأوزاعي وأبو
هيب (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا بأس بأكله) . وبه قال أحمد
وأبو ثور وابن المبارك وابن سيرين وابن الزبير والحسن وعطاء والأسود
ابن يزيد وسعيد بن جبير «رح» (لحديث جابر رضي الله تعالى عنه أنه قال : نهى رسول
الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر) هذا الحديث أخرجه

ولأبي حنيفة «رج» قوله تعالى : ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة﴾ خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها . والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها .

البخاري في غزوة خيبر وفي الذبائح . وأخرجه مسلم في الذبائح عن عمرو بن دينار «رج» عن محمد بن علي عن جابر بن عبد الله «رج» قال : نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل . ولفظ البخاري ورخص في لحوم الخيل .

(ولأبي حنيفة «رج» قوله سبحانه وتعالى : ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة﴾ خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها) أى من أعلى منافع الخيل (والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها) .

قد قررنا معنى هذا الكلام عن قريب . فإن قلت إنما لم يذكر لأنه يفهم الأعلى بذكر الأدنى بالطريق الأول كما في قوله سبحانه وتعالى : « ولا تقل لهما أف » ، يفهم منه حرمة الضرب والشتم بالطريق الأولى دون العكس ، قلت إنما يصح ذلك إذا كان البيان بطريق الكفاية وما نحن مصدره من قبيل بيان النهاية . ألا ترى إلى قوله تعالى فيما سبق : ﴿والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع﴾ . ثم عطف عليه والخيل والبغال والحمير من غير ذكر شيء آخر من المنافع فلما قال : « لتركبوها » علم أن حكم المعطوف عليه حكم المعطوف .

فإن قلت إنما يستقيم هذا إذ لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة المختصة ، فلا يستقيم هذا ، ولئن سلمنا . لكن لم قلتم ان منفعة الأكل في الخيل يتعلق بها البقاء في الجملة ، ولكن غيره يسد مسده في تعليق إبقائه موالىة البقر والغنم وغيرها . ومنفعة الركوب والزينة في الخيل تحصل على وجه لا يحصل بغيره من الحيوانات . فكانت منفعة الركوب والزينة في الجملة بترك الامتنان في منفعة الأكل في الخيل لا يدل على حرمة الأكل . كترك الامتنان بنعمة الدار والنسل والبيع .

قلت وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء إنما يتعلق برجوع

ولأنه آلة ارباب العدو فيكره أكله احتراماً له ولهذا يضرب له بسهم
في الغنيمة ولأن في إباحته تقليل آلة الجهاد ،

هذه المنافع إلى العباد لان وجه النعمة في ذلك لا في اختصاصها ومنفعة الاكل في الحيل
بالإضافة إليها فوق منفعة الركوب والزينة في كونها نعمة .
على انا نقول أن منفعة الركوب والزينة لا تختص بهذه الحيوانات بل يوجد في غيرها ،
وهو البقر والابل وغير ذلك فلا يكون القصد منه ذكر المنافع بها .

أما قوله لم قلتم ان منفعة الأكل في الحيوانات يتعلق بها البقاء على ما ذكرنا . ومنفعة
الركوب والزينة لا يتعلق بها البقاء .
وأما قوله غيره يسد مسده في تعليق البقاء ، قلنا ذلك لا يخرج كون منفعة الأكل
من أن يكون فوق منفعة الركوب والزينة .
وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة ، وإن لم يذكرها صريحاً لانه متى تبين
كونه منتفعاً به في ذاته ثبت انه مال متقوم ويحل للبيع . فإذن قلت الآية نزلت بمكة قبل
الهجرة ، وبعد الهجرة أكل جماعة من الصحابة «رض» الحمار والفرس إلى يوم خيبر ،
فلو كانت الآية دالة على الحرمة لما جاز أكلهم ولما صح سكوت رسول الله ﷺ عن
البيان في مثل هذه الصورة .

قلت انما لم يبين عليه السلام قبل فتح خيبر لأنه يمكن انه لم يطلع على فعلهم ، فلما
اطلع يوم خيبر نهى وإنما أكلوا لعدم وقوفهم على هذه الدلالة لعمومها ، فإن قلت
ترك ذلك الحمل عليه وينبغي أن لا يحمل الحمل عليه وهو فاسد . قلت الكلام في أن
ترك أعلام النعم والذهاب إلى ما دونه دليل حرمة الأعلى والحمل وليس كذلك .
(ولأنه) أي الفرس (آلة ارباب العدو فيكره أكله احتراماً له) أي احتراماً له لان
ما كان بسبب لإخافة العدو يستحق الإكرام ، وفي ذبحه اهانة له .

(ولهذا) أي ولكونه آلة لإرباب العدو (يضرب له بسهم في الغنيمة) لان
الفارس إنما يستحق السهمين بواسطة فرسه . (ولأن في إباحته تقليل آلة الجهاد) أي لان

وحديث جابر «رض» معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم

في أكله تقليل مادة الجهاد وهو حرام ، ولا شك ان منفعة حياته تربوا على منفعة لحمه بوجوه (وحديث جابر «رض» معارض بحديث خالد «رض» والترجيح للمحرم) . أراد بحديث جابر المذكور في معرض استدلال أبي يوسف «رح» ومحمد . وبحديث خالد المذكور في تعرض الاستدلال في تحريم الحمر الأهلية قيل فيه نظر ، لان حديث جابر صحيح وحديث خالد بن الوليد «رض» متكلم فيه إسناداً أو متناً .

منهم من ادعى نسخه بحديث جابر «رض» لانه قال فيه : فأذن وفي لفظ : ورخص . قال الحازمي في كتابه والاذن والرخصة يستدعي سابقة المنع ولو لم يرو هذا اللفظ لتعذر القطع بالنسخ لعدم التاريخ ، فوجب المصير إليه .

وقيل ليس فيه نسخ ولكن الاعتماد على أحاديث الاباحة بصحتها ولكثرة رواها .

وحديث خالد إذا ورد في قضية معينة وهو ان سبب التحريم في الخيل متحد وفي البغال والحمير مختلف . وذلك لانه نهى عن البغال والحمير لذاتها ، وعن الحمير لانهم سارعوا إلى طبخها يوم خيبر قبل أن تحمس . فأمر ﷺ بكفائها تغليظاً عليهم . فلما رأوا نهيه ﷺ عن تناول لحوم الخيل والبغال والحمير ، اعتقدوا أن سبب التحريم واحد . وحق نادى منادي رسول الله ﷺ : أن الله تعالى ينهاكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس . فعينئذ فهو أن سبب التحريم مختلف وان الحكم بتحريم الحمار الأهلي على التأبيد . وأن الخيل إذا كان عن تناول ما لم ينجس فيكون قوله إذن : أو رخص دفعاً لهذه الشبهة .

قلت مسند حديث خالد «رض» جيد ولهذا أخرجه أبو داود وسكت عنه فهو حسن عنده . وقال النسائي : وأخبرنا اسحاق بن ابراهيم «رح» أخبرني بقية : أخبرني ثور بن يزيد عن صالح فذكره بسنده قد صرح فيه بقية بالحديث عن ثور وثور حمصي أخرجه له البخاري وغيره وبقية : إذا صرح بالحديث كان سنة حجة . كذا قال ابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والنسائي وغيرهم خصوصاً إذا كان الذي حدث عن بقية عاماً . قال ابن عدي :

ثم قيل الكراهية عنده كراهية تحريم ،

إذا روى بقية عن أهل الشام فهو ثبت وصالح وذكره ابن حبان «رح» في الثقات وأبو يحيى ذكره الذهبي في الكاشف وقال : وثق وأبوه المقدم بن معد يكرب صحابي فهذا سند جيد كما ترى . فكيفما إذا كان كذلك صحت المعارضة . فإذا تعارضوا ترجح المحرم كما ذكرنا ولا يصح الاستدلال على نسخ حديث خالد بقوله أذن : أو رخص لانه يحتمل ان يكون أذنه في حالة الخمسة إذ هي أغلب أحوال الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

وفي الصحيح أنهم ما وصلوا إلى خيبر إلا وهم جوع ، فلا يدل على الإطلاق . فإن قلت : لو كانت الإباحة للمخمصة لما اختصت بالخیل ، قلت : يمكن أن يكون في زمن الإباحة بالفرس ما أصابوا البغال والخيبر . فإن قلت قال ابن حزم في حديث خالد دليل الوضع لأن فيه عن خالد «رض» : غزوت مع النبي ﷺ خيبر . وهذا باطل لان خالد لم يسلم الا بعد خيبر بلا خلاف قلت ليس كما قال بل فيه خلاف فقيل هاجر بعد الحديبية ، وقيل بل كان إسلامه بين الحديبية وخيبر ، وقيل بل كان إسلامه سنة خمس بعد فراغ رسول الله ﷺ من بني قريظة . وكانت الحديبية في ذي القعدة سنة ست ، وخيبر بعدها سنة سبع ، ولو سلم انه أسلم بعدها بغاية ما فيه انه أرسل الحديث ومراسيل الصحابة رضي الله تعالى عنهم في حكم الموصول المسند ، لان روايتهم عن الصحابة كما ذكره ابن الصلاح وغيره .

فإن قلت يشكل من قوله سؤره فإنه طاهر ، قلت ذكر خواهر زاده «رح» في شرحه ان الحسن روى عن أبي حنيفة «رح» : ان سؤره مشكل مثل سؤر الحمار . فإذا أخذنا بهذا فالسؤال ساقط ولئن سلمنا فالجواب عنه ان حرمة أكل لحم إنما كانت للإحترام لا النجاسة فصار كسؤر الآدمي . فإن قلت يشكل على قوله بقوله لانه كبول ما يؤكل لحمه عنده ، قلت إنما جعله كذلك للتحقيق لعموم البلوى وقد علم أن لها أثراً في التحقيق فافهم .

(ثم قيل الكراهية عنده كراهية تحريم) أي كراهية لحم الفرس عند أبي حنيفة كراهية تحريم .

وقيل كراهية تنزيه والأول أصح ، وأما لبنه فقد قيل لا بأس به ، لأنه
ليس في شربه تقليل آلة الجهاد

ثم قال صاحب المنظومة وأكل لحم الخيل وقال ويكره والحرمة المراد لا التنزيه
واختلف المشايخ في معنى الكراهية لاختلاف اللفظ المروي عنه لأنه ذكر في المبسوط في
كتاب الصيد قال أبو حنيفة رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله .
وما قال في الجامع يكره لحم الخيل عنده ، يدل على أن المراد كراهية التحريم لأن
أبا يوسف «رح» قال لأبي حنيفة «رح» إذا قلت في شيء أكرمه فما رأيك فيه ؟ قال
أبو حنيفة التحريم .

وحكي عن عبد الرحيم الكرمي أنه قال كنت متردداً في هذه المسألة فرأيت أبا
حنيفة في المنام يقول لي كراهية تحريم يا عبد الرحيم .

(وقيل كراهية تنزيه) ذكره فخر الإسلام وأبو المعين «رح» في جامعيهما الصحيح أنه
كراهية تنزيه لأن كراهية تعني كرامة لثلاث يحصل تقليل آلة الجهاد بإباحته ، ولهذا كان
سوره طاهراً في ظاهر الرواية ، وفي الفتاوى الصغرى قال قاضي خان أنه كراهية تنزيه
لأنه ذكر في كتاب الصلاة وسوى بين بوله وبول ما يؤكل لحمه .

(والأول أصح) أي القول بكراهية التحريم أصح وأشار به إلى اختياره . هكذا
قال صاحب الحضر ، وكذا قال التتمة الأصح أنه كراهية تحريم . (أما لبنه فقد قيل لا
بأس به لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد) ولبن الفرس هو الذي يسمى قمز في لغة
الترك بكسر القاف والميم وفي آخره زاء معجمة . وسماه المصنف «رح» في كتاب الحدود
مباحاً . وقال السكر المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك .

وقال فخر الدين قاضي خان فأما الألبان فلبن المأكول حلال ولبن الرماك كذلك في
قول أبي يوسف وعبد «رح» يكره في قول أبي حنيفة واختلفوا في كراهيته فقال بعضهم
مكروه كراهية التنزيه لا كراهية التحريم . وذكر شمس الأئمة السرخسي في أثناء
الكلام أنه مباح كالبنج . وعامة المشايخ «رح» قالوا مكروه كراهية التحريم إلا أنه لا
يحد وإن زال عقله كما لو تناول البنج وارتفع إلى رأسه حتى زال عقله يحرم ذلك ولا يحد

قال ولا بأس بأكل الأرنب لأن النبي عليه السلام أكل منه حين
أهدى إليه مشويا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالأكل منه

فيه لأنه ليس في شربه أي شرب اللبن تقليل آلة الجهاد وفي الخلاصة وهو الأصح قال
الكاكي وعن هذا قيل أكله حلال في هذا الزمان في ديار البر لأن البر لم يبق (قال ولا
بأس بأكل الأرنب) أي قال القدوري « رح » ولا خلاف فيه لأحد من العلماء . قال
الكرخي في مختصره ولم يروا جميعاً بأساً بأكل الأرنب قال أبو يوسف « رح » وأما الوهر
فلا احفظ فيه عن أبي حنيفة « رح » شيئاً وهو عندي مثل الأرنب وهو يختلف
القول والنبت انتهى .

وفي الجيرة والوهر دويبة أصفر من السنور طحلا اللون لا ذنب لها توجد في البيوت
ويجمع على وهار . (لأن النبي ﷺ أكل منه حين أهدى إليه مشوياً وأمر أصحابه «رض»
بالأكل منه) هذا الذي ذكره مركب من حديثين الأول رواه البخاري في صحيحه في
كتاب الهبة عن هشام بن يزيد عن أنس بن مالك « رض » قال اهيئنا أرنباً بمر الظهران
فعنى القوم فلبسوا وقد ادركتها فأخذتها فذهبت بها إلى أبي طلحة فذبحها وبعث منها إلى
رسول الله ﷺ يوركها وفخذها قال فخذها لا أشك فيه فقبله ، قال قد أكل منه قال أكل منه ثم
قال فيا بعد قبله وأخرجه أحمد «رح» في مسنده حدثنا محمد بن جعفر وحجاج قال حدثنا شعبة عن
هشام بن زيد عن أنس «رض» بلفظ سواء وفي آخره قال حجاج قال شعبة قلت له أكل
قال نعم أكله ثم قال في ما بعد قبله . ورواه البخاري في الذبائح فلم يذكر فيه الأكل .

والحديث الثاني رواه النسائي في سننه في الصوم عن عبد المالك بن عمير عن موسى بن
طلحة عن أبي هريرة «رض» قال جاء أعرابي إلى النبي ﷺ بأرنب قد شواها ، فوضعها
بين يديه فأمسك رسول الله ﷺ فلم يأكل ، وأمر القوم أن يأكلوا وزاد في اللفظ « فإني
لو اشتيتها أكلتها » . رواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه ، والبزار في مسنده .
ورواه اسحاق بن راهويه في مسنده . حدثنا يحيى بن صالح حدثنا محمد بن اسحاق بن عبد
الملك بن أبي بكر عن حفص بن عمر بن سعد بن أبي وقاص عن محمد بن عبد الرحمن مولى
طلحة عن موسى بن طلحة عن أبي بكر الحويكة عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه

ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبهه الظبي

أن أعرابياً جاء إلى النبي ﷺ بأرنب يهديها إليه ، فقال ما هذه ؟ قال هدية . فقال رسول الله ﷺ لا يأكل من الهدية حتى يأمر صاحبها فيأكل منها من أجل الشاة التي أهديت إليه بخير ، فقال له النبي ﷺ كل فقال اني صائم ، قال تصوم ماذا ؟ قال ثلاثة من كل شهر . قال فاجعلها البيض الفرثلاثة عشر وأربعة عشر وخمسة عشر . قال فأومى رسول الله ﷺ بيده إلى الأرنب ليأخذ منها . فقال الأعرابي ، أما اني رأيتها تدمى يعني تحيض فقال للغوم ، كلوا ، ولم يأكل .

وروى ابن حبان أيضاً في صحيحه عن عاصم الأحول عن الشعبي عن محمد بن صفيان الانصاري «رح» أنه صاد أرنبين ، فمر على النبي ﷺ وهو معلقها فقال يا رسول الله ﷺ اني أتيت غنم أهلي فاصطدت هاتين فلم أجد حديده أذكىها بها فذكيتها بمروءة أفأطعمهما ؟ قال نعم .

ورواه الترمذي في علله الكبرى ، حدثنا محمد بن يحيى القطيع البصري حدثنا عبد الأعلى عن سعيد بن قنادة عن الشعبي «رح» عن جابر بن عبد الله «رض» أن رجلاً من قومه صاد أرنبين ، الحديث .

ورواه الدارقطني «رح» في سننه عن يزيد بن عياض عن عبد الحميد بن سهل بن عبد الرحمن بن عوف عن عكرمة عن ابن عباس «رض» عن عائشة رضى الله عنها قالت أهدني إلى رسول الله ﷺ أرنباً وأنا نائمة فخبأ لي منه العجز فلما قمت أطعمني . ويزيد بن عباس «رض» حسن ضعيف . وروى البيهقي في سننه عن حديث محمد بن خالد بن الحويرث حدثنا إلى مال .

أخبرنا عبد الله بن عمير وكان بالصفاح - مكان في مكة - وأن رجلاً جاء بأرنب وأنا جالس فلم يأكلها ولم يمه عن أكلها ، وزعم أنها تحيض .

ورواه أيضاً أبو داود «رح» قوله أهيجنا أي أفرنا وأعدينا ومادته هاء وياء وجم قوله بم الظهران بفتح الميم وتشديد الراء وهو موضع قريب من عرفة .

(ولأنه) أي الأرنب (ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبهه الظبي) فلا يحرم والأكل جميع أكل الجيفة جمع جيفة .

قلت قلت إذا كان كذلك فلم قال لا بأس بأكل الأرنب ولم يقل ويحل لحمه قلت لأن له شبهان شهما بالحمار، فإن أذنه تشبه أذن الحمار، والحمار حرام وتشبه بالآدمي في كونها تحيض فيحرم أكله كما يحرم أبو حنيفة الفرس لأن له شهما بالآدمي من حيث أنه يستحق شهماً مقداراً من الفنينة كالرجل . ولكن لما نطقت الأحاديث المذكورة بإباحة أكله لم يحرم قطعاً ، ولكن لما ذكرنا استعمال فيه لفظ لا بأس .

قال تاج الشريعة وإنما استعمال كلمة لا بأس لأنه روى أن الأرنب كانت امرأة لا تفتسل من الحيض فمسخت ، انتهى .

قلت لم يصح مسخ هذا ولئن مسخ فلم يبق من نسل المسوخ شيء . وكان جنسه موجوداً قبل المسخ والله سبحانه وتعالى أعلم .

فوائد : القنفذ عندنا حرام ومالك وأحمد ورخص فيه الشافعي «رح» فكانه ما جعله من الخبائث ولا من السباع . قلنا أن أبا هريرة رضى الله تعالى عنه ذكر القنفذ لرسول الله صلى الله عليه وآله وأصحابه وسلم فقال صلى الله عليه وآله وعلى آله وأصحابه وسلم وهو حسة من الخبائث .

ورواه أبو داود رحمه الله تعالى في من أكل الجلالة من الشاة والبقر والبعير . وبه قال الشافعي وأحمد «رح» في رواية ، حرام ويحول الكراهة بحبسها بلا خلاف .

وعندنا وأحمد ويكره ركوبها مدة الحبس في الدجاجة ثلاثة أيام، وفي البقرة والبعير أربعون يوماً، وقيل سبعة أيام في الشاة وعن أحمد ثلاثة أيام في الكلب . وقال الأسبيعي في شرح الكافي ويكره لحوم الجلالة والعمل عليها وذلك حالها إلى أن تحبس أياماً وتعلف لما روى أنه ﷺ نهى عن أكل لحوم الجلالة ، ولأن تناول النجاسات توجب فساد لحمها فتقرر سنته في فساد أكله . وليس الدجاج كذلك لأن الأمر جاء في الجلالة وليس لها علف غير ذلك . والدجاج يخلط بالمذرة غيره ، حتى إذا علم أنها لا تتناول غير النجاسات قلنا بحرمه أكلها إلى أن تحبس .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» في مبسوطه ولم يقدر في ذلك مقداراً في

قال : وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الآدمي والخنزير
فإن الذكاة لا تعمل فيها . أما الآدمي فله حرمة وكرامته . والخنزير
لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي «رح» الذكاة لا تؤثر في جميع
ذلك لأنه يؤثر في إباحة اللحم أصلاً

الكتاب . وروى في غير رواية الأصول انه قدر في الإبل شهراً وفي البقر عشرين وفي
الشاة عشرة أيام وفي الدجاجة ثلاثة أيام .

وقال الولوالجي «رح» في فتاواه ، ذكر في النوادر لو أن جدياً غذى بلبن الخنزير
فلا بأس بأكله لأنه لم يتغير لحمه وما غذى صار مستهلكاً لم يبق أثره . وعلى هذا يقول لا
بأس بالدجاج التي تختلط بالعذرة لأنه لا يغير لحمه . والرأي يروى بحبس الدجاج ثلاثة أيام
فذلك على سبيل التنزيه .

وفي الدراية والزرع والثار السفه بالنجاسات لا يكره ولا يحرم عند أكثر الفقهاء .
(قال وان ^(١) ذبح ما لا يؤكل لحمه ، طهر لحمه وجلده) أي قال القدوري إذا ذبح
حيوان مما لا يؤكل لحمه من ذي الناب يطهر لحمه وجلده . وقال الحاكم في الكافي ، ولا
يكره الصلاة على جلد ما يكره أكله من ذي الناب إذا ذبح أو دبغ . وهذا الذي قاله
هو الذي اعتمد عليه عامة أصحابنا على قول نصير بن يحيى وابن جعفر الهندواني «رح»
انه لا يجوز بيعه . وقد مر بيان في أول الكتاب .

(إلا الآدمي والخنزير فإن الذكاة لا تعمل فيها، أما الآدمي فله حرمة وكرامته والخنزير
لنجاسته كما في الدباغ) أي كما في حكم الدباغ . فإن الدباغ يطهر جلد كل حيوان إلا
الآدمي لكرامته لا يستعمل . والخنزير لنجاسته عينه ، أو لعدم قبوله الدباغ كما ذكرنا في
أول الكتاب مستوفى .

(وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك) أي في اللحم والجلد وسائر
الاجزاء . (لأنه يؤثر في إباحة اللحم أصلاً) أي لان الذكاة والتذكية بتأويل الذبح يؤثر

(١) وإذا - هامش .

وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً . ولا تبعية بدون الاصل وصار كذبح
المجوس . ولنا أن الذكاة مؤثره في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي
النجسة دون ذات الجلد واللحم ، فإذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا
حكم مقصود بالجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي إماتة في الشرع

فى إباحتها اللحم من حيث الاصاله .

(وفى طهارته وطهارة جلده تبعاً) أي ويؤثر فى إباحتها طهارة اللحم وطهارة الجلد
من حيث التبعية . (ولا تبعية بدون الاصل) إذ قيام بالأصل وهنا لم تفد الذكاة الاصل
الذي هو إباحة اللحم فكذا لا يفيد البيع (وصار كذبح المجوسي) حيث لا يفيد إباحة
الاكل ولا غيره وكذا ذبح الوثني (ولنا أن الذكاة تؤثر ^(١) فى إزالة الرطوبات) احتراز
بها عن دم اللحم فإنه طاهر وهى النجسة أي الرطوبات (والدماء السيالة وهى النجسة دون
ذات الجلد واللحم فإذا زالت) أي تلك الرطوبات والدماء السيالة النجسة (طهر) أي
المذبوح أي جلده ولحمه (كما فى الدباغ) أي يطهر فى الدباغ بزوال تلك الرطوبات النجسة
(وهذا حكم مقصود بالجلد) .

هذا جواب عن قول الشافعي «رح» أن تأثر الذكاة فى إباحة اللحم أصل . وفي الطهارة
اللحم والجلد تبع . فقال هذا أي الطهارة حكم مقصود في الجلد (كالتناول في اللحم)
يعني كما أن تناول حكم مقصود بالذات في اللحم ، وكذلك الطهارة وحكم مقصود في
الجلد والحاصل أن طهارة الجلد واللحم غير تابعة لطهارة اللحم بل كل منهما حكم مقصود
بالذات ، فإذا حصلت الذكاة فإن كان المذكي من الحيوان الذي يؤكل ، تحصل الطهارة في
جميع أجزائه بالأصاله . وإن كان مما لا يؤكل يحصل في لحمه وجلده . ثم لا يلزم في حصول
الطهارة إباحة الأكل كما أعرف .

(وفعل المجوسي إماتة في الشرع) هذا جواب عن قياس الشافعي تقريره أن ذبح
المجوسي ليس بمشروع فيكون إماتة ، وهذا لأن الفعل إنما يقع متطهراً إذا انفق بالحسن

(١) مؤثرة - هامش .

فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل ، قيل لا يجوز اعتباراً بالأكل ، وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة ، والزيت غالب لا يؤكل

لإفادة الأثر الحسن ، والحسنات محل الثواب فلا يصبر الجوسي أهلاً لها . فان قيل كما أن الجوسي ليس من أهل الذكاة فكذا الكلب ليس من جنس ما يذكى ولا فرق بين أن يكون الذبح من غير أهل الذكاة وبين أن يكون المذبح من جنس المذكى ألا ترى أن المسلم لو ذبح خنزيراً لا يحل أكله كما أن الجوسي لو ذبح شاة لا يحل أكلها . قلنا قد اتفقا في أن الجوسي أيضاً على أنه ليس من أهل الذكاة . فلم يتفق على أن الكلب والفهد ليسا من جنس المذكى بل هو من جنس الذكاة لأنه يختلف في إباحة أكله كذا في مختصر الاسرار . (فلا بد من الدباغ) يعني إذا كان ذبح الجوسي إمارة في الشرع فلا بد من الدباغ في جلد ما ذكاه لعدم حصول الطهارة بذبجه . ثم أعلم أنهم اختلفوا في أن الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرد الذبح والذبح مع التسمية قبل مجرد الذبح لأنه يؤثر في إزالة الدم المسفوح . وقيل الذبح مع التسمية لأن المطهر هو الذكاة ، ولا ذكاة بدون التسمية كما في غريب العرار للفريري .

(وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده) قيد بالقليل لأن الكثير لا يفسد بلا خلاف خصوصاً على مذهب الشافعي « رح » فان عنده إذا بلغ الماء قلتين لا ينجس إلا باليقين والقلتان عنده كثير . (خلافاً له) للشافعي أن شحمه أيضاً لا يطهر كما لا يطهر لحمه وجلده . (وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل) أي نحو الاستصباح ودهن الجلود ونحوهما .

(قيل لا يجوز اعتباراً بالأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة) الودك بفتح الواو والدال وهو الدسم (والزيت غالب) أي والحال أن الزيت غالب (لا يؤكل) أي الزيت مما إذا لم يمز أكله فيما إذا كان الزيت غالباً ، فقياً إذا كان مغلوباً بالطريق الأولى

وينتفع به في غير الأكل. قال ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك ،
وقال مالك «رح» وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر
واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان وعن الشافعي «رح»
أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم . قوله
تعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ من غير فصل . وقوله عليه السلام

(وينتفع به) أي بالزيت المذكور (في غير الأكل) كالاستصباح ونحوه كما ذكرنا .
(قال ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) أي قال القدوري «رح» في مختصره
وقال الكرخي «رح» كره أصحابنا كل ما في البحر إلا السمك خاصة فإنه حلال أكله
إلا ما طفى منه فإنهم كرهوه . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده ويكره أكل ما سوى
السمك من دواب البحر عندنا كالسرطان والسحفاة والضفدع وخنزير الماء .
(وقال مالك وجماعة من أهل العلم) ابن أبي ليلى والشافعي «رح» في قوله وأصحاب
الظواهر (بإطلاق جميع ما في البحر) أي بإباحة جميع ما في البحر من الحيوان .
(واستثنى بعضهم) أي بعض الجماعة المذكورة وأراد به الشافعي فإنه قال جميع ما
في البحر يؤكل .
(الخنزير والكلب والإنسان) أي خنزير البحر وكلبه وإنسانه وهو قول
الليث «رح» أيضاً .

(وعن الشافعي «رح» أنه أطلق ذلك كله) أي جميع ما في البحر وبه قال أحمد في
رواية عن الشافعي يؤكل جميع ما في البحر إلا الضفدع . وبه قال أحمد في رواية . وقال
ابن الجلاب والبصري في التفريع وصيد البحر حلال أكله ويكره أكل كلب الماء وخنزيره
من غير تحريم له . (والخلاف في الأكل والبيع واحد) أي الخلاف المذكور بيننا وبين
مالك وجماعة والشافعي سواء في جواز الأكل وجواز البيع (لهم) أي للشافعي (قوله
سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ من غير فصل) أي من غير فرق بين السمك
وغيره ، فإطلاق الآية يتناول الكل (وقوله ﴿ يحل في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته)

في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولأنه لا دم في هذه
الاشياء إذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبهه السمك ،
ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ، وما سوى السمك خبيث ،
ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع

هذا الحديث أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي « رح » من حديث مالك عن صفوان
عن سعيد بن سلمة من آل الأزرق ان المغيرة وابن بردة وهو من بني عبد الدار أخبره أنه
سمع أبا هريرة « رض » يقول سأل رجل رسول الله ﷺ وقال يا رسول الله ﷺ إنا نركب
البحر ونحمل معنا القليل من الماء فإن توضعنا به عطشنا أفيتوضأ بماء البحر؟ فقال « هو الطهور
ماؤه والحل ميتته » وقال الترمذي « رض » حديث حسن صحيح .

(ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموي لا يسكن الماء) لأن طبع الدم يضاد طبع
الماء لأن الدم حار والماء بارد (والمحرم هو الدم فأشبهه السمك) أي فأشبهه ما في البحر
من الحيوانات كلها كالسمك في عدم الدم الذي هو المحرم إلا الضفدع استثناء الشافعي
« رح » في قول لنهى ﷺ عن قتله رواه النسائي . (ولنا قوله سبحانه وتعالى ويحرم
عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث) لأن الخبيث ما يستخبئه الطبع السليم ، وما
سوى السمك يستخبئه الطبع السليم فيحرم .

(ونهى رسول الله ﷺ عن دواء يتخذ فيه الضفدع) هذا الحديث أخرجه أبو داود
في الطب وفي الأدب . والنسائي في الصيد عن ابن أبي ذيب عن سعيد بن خالد عن سعيد
ابن المسيب عن عبد الرحمن بن عثمان القرشي « رض » أن طبيباً سأل رسول الله ﷺ عن
الضفدع يجعلها في دواء فنهى عن قتلها . ورواه أحمد وإسحاق بن راهوية وأبو داود
والطبراني « رح » في مسانيدهم والحاكم في المستدرک في الطب ، قال صحيح الاسناد ولم
يخرجاه وقال البيهقي هو أقوى ما ورد في الضفدع .

وقال الحافظ المنذري فيه دليل على تحريم أكل الضفدع لأن النبي ﷺ نهى عن قتله
والنهي عن قتل الحيوان بالحرمة كالآدمي ، وأما تحريم أكله كالصرد والبهد والصفد

ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلاحم على الاصطياد

ليس بحرم فكان النهي منصرفاً إلى الوجه الآخر .

(ونهى عن بيع السرطان) أي نهى النبي ﷺ عن بيع السرطان ، وهو ليس بموجود في الكتب المشهورة في الحديث وليس له أصل . فإن قلت روى أبو داود « رح » وغيره مسند إلى جابر رضي الله تعالى عنه قال بعثنا رسول الله ﷺ وأمر علينا أبو عبيدة بن الجراح تبغي غير القريشي وزودنا جراباً من تمر لم يجد له غيره ، وكان يعطينا أبو عبيدة « رض » تمره كنا نخسها كما يمس الصبي ثم نشرب عليها الماء فتكفينا يومنا إلى الليل وكان يضرب بعضنا الخيطة ثم يبله في الماء فيأكله قال : فانطلقنا على ساحل البحر فرقع لنا كهيئة الكتب الضخم فأتيناه فإذا هو دابة على العنبر فقال أبو عبيدة ميتة لا تحل لنا ثم قال بل نحن رسل رسول الله ﷺ وفي سبيل الله عز وجل وقد اضطررتم فكلوا وأقمنا عليه شهراً ونحن ثلاث مائة حتى سمنا فلما قدمنا إلى رسول الله ﷺ ذكرنا ذلك له فقال : « هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم من لحم شيء فتطعمونا » فأرسلنا إلى رسول الله ﷺ فأكل وهذا يدل على إباحة ما في البحر سوى السمك .

قلت المراد منها السمك والدليل عليه ما رواه البخاري « رح » عن جابر « رض » قال غزونا جيش الحيط (١) وأميرنا أبو عبيدة ، فجعلنا جوعاً شديداً فألقى البحر حوتاً ميتاً لم ير مثله يقال له العنبر ، فأكلنا منها نصف شهر وأخذ أبو عبيدة عظماً من عظامه فمر الراكب تحته والحيط بفتحتين الورق .

(والصيد المذكور فيما تلاحم على الاصطياد) جواب عن استدلالهم فيما ذهبوا إليه في قوله سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ تقريره أن المراد من لفظ الصيد هو المصدر وهو الإصطياد فيتناول ما يحل وما يحرم وليس المراد منه الإسم ، وقد قررناه فيما مضى فإن قلت لو كان يستقيم حمله عليه لكانت الكناية من قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وطعامه ﴾ لا يستقيم حمله على الإصطياد فإنها راجعة إلى الصيد . قلت الطعام المذكور محمول على السمك لأنه المتعارف أنه طعام البحر والكناية ينصرف إلى البحر قوله فيما لا يلي

وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك
وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان
ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال

الصواب فيما يلي على صيغة المجهول وهكذا هو في النسخ الصحيحة .

(فهو) أي الاصطياد (مباح فيما لا يحل) لمنافع أخرى غير الأكل (والميتة المذكورة
فيما روى محمولة على السمك) هذا أيضاً جواب على استدلالهم بقوله ﷺ في : « البحر هو
النهور ماؤه والحل ميتته » أي الميتة المذكورة في الحديث محمولة على السمك . وقوله
روى على صيغة المجهول أيضاً على ما لا يخفى على الفطن ، فان قلت هذا خبر واحد فكيف
يجوز تخصيص الكتاب وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ قلت هذا خبر
مشهور قد تأيد بالإجماع فيجوز تخصيص الكتاب به . على أن حكم السمك ثبت بقوله
سبحانه وتعالى ﴿ تأكلون لما طهرا ﴾ . مع أنه لا تعارض بين الكتاب والخبر لأن الميتة
المحلة باللام جنس إذا لم يكن معهوداً ، والميتة من الدمويات المعهودة بدليل قوله سبحانه
وتعالى ﴿ أو دماً مسفوحاً ﴾ فعلم أن الميتة تكون ميتة باعتبار الدم المسفوح ، ولا دم
للسمك فيصرف إلى العهد فلا يبقى التعارض .

(وهو حلال مستثنى من ذلك) أي السمك حلال مستثنى عما لا يحل (لقوله ﷺ
أحلت لنا ميتتان ودمان ، فأما الميتتان فالسمك والجراد ، وأما الدمان فالكبد والطحال)
هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في كتاب الأطعمة عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه
عن ابن عمر رضي الله تعالى عنها قال : قال رسول الله ﷺ « أحلت لنا » إلى آخره .
ورواه أحمد والشافعي وعبد^(١) بن حميد «رح» في مسانيدهم . ورواه ابن حبان «رح» في
كتاب الضعفاء وأعله بعبد الرحمن وقال انه كان يقلب الأخبار وهو لا يعلم حتى كثر ذلك
في روايته عن رفع الموقوفات واسناد المراسيل ، فاستحق الترك .
وأخرجه الدارقطني «رح» في سننه عن عبد الله وعبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن
أبيهما «رح» . وأخرجه ابن عدي في الكامل عن عبد الله فقط .

قال ويكره أكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به

وعبد الله وعبد الرحمن «رح» ضعيفان إلا أن أحمد وعبد الله وأسند ابن عدي إلى أحمد أنه قال : عبد الله ثقة وأخوه عبد الرحمن وأسامه ضعيفان .
وقال ابن عدي وهذا الحديث يدور على هؤلاء الأخوة الثلاثة وأسند عن ابن معين قال في التنقيح هو موقوف في حكم المرفوع .

وقال الدارقطني في علله وقد رواه المسور بن الصلت عن زيد بن أسلم «رح» قال ثلاثة ضعفاء ليس حديثهم بشيء .

وقال ابن عدي وابن وهب يرويه عن سليمان بن بلال «رض» موقوفاً، فرواه عن أبيه عن ابن عمر «رض» مرفوعاً ، وعن ابن زيد بن أسلم عن ابن عمر «رض» موقوفاً وهو الصواب .

وقال في التنقيح وهذه الطريقة رواها الخطيب بإسناده إلى المسور بن الصلت .
والمسور ضعفه أحمد والبخاري وأبو زرعة وأبو حاتم «رح» وقال النسائي «رح» متروك الحديث ، انتهى .

قلت وله طريق أحق قال ابن مردويه في تفسيره في سورة الانعام حدثنا عبد الباقي بن مانع حدثنا محمد بن بشر بن مطر حدثنا داود بن سند حدثنا سويد بن عبد العزيز حدثنا أبو هاشم الأملي قال سمعت زيد بن أسلم يحدث عن ابن عمر «رض» قال : قال رسول الله ﷺ يحل من الميتة اثنان ومن الدم اثنان ، فأما الميتة فالسمك والجراد ، وأما الدم فالكبد والطحال .

(قال ويكره أكل الطافي منه) أي قال القدوري «رح» منه أي من السمك .
والطافي هو الذي يموت فيموت على وجه الماء ويظهر ، من طفى الشيء يطفوا طفوا إذا علا .

هكذا قالوا معنى الطافي اسم فاعل كالقاضي من تضاء . وهو الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب معلوم ويعلم على وجه الماء .

(وقال الشافعي ومالك لا بأس) أي الطافي وبه قال أحمد «رح» وأصحاب الظاهر «رح» وبعض التابعين .

لإطلاق ما روينا لان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث .
ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما
نضب عنه الماء فكلوا ، وما لفظه الماء فكلوا ، وما طفى فلا تأكلوا

(لإطلاق ما روينا) وهو قوله ﷺ : « البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته » فانه
مطلق يفصل بين ما إذا مات بأفة أو بغير آفة . (ولان ميتة البحر موصوفة بالحل
بالحديث) أراد به قوله ﷺ : « أحلت لنا ميتتان ، الحديث .
(ولنا ما روى جابر رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أنه قال : ما نضب عنه
الماء فكلوا ، وما لفظه الماء فكلوا ، وما طفى فلا تأكلوا) هذا الحديث بهذا
اللفظ غريب .

ولكن أبا داود «رح» وابن ماجه أخرجا عن يحيى بن سليم عن اسماعيل بن أمية
عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه
وما مات فيه وطفى فلا تأكلوه » .

فان قلت : ضعف السهقي هذا الحديث وقال يحيى بن سليم كثير الوهم وقد رواه
غيره موقوفاً . قلت لا نسلم ذلك فان يحيى بن سليم أخرج له الشيخان فهو ثقة وزاد فيه
الرفع . ونقل ابن القطان «رح» في كتابه عن ابن معين قال : هو ثقة ولكن في حفظه
شيء ومن أجل ذلك تكلم الناس فيه . فان قلت : قال ابن الجوزي اسماعيل بن أمية
متروك . قلت ليس كذلك لأنه ظن أنه اسماعيل بن أمية أبو الصلت الذارع وهو متروك
الحديث وأما هذا فهو اسماعيل بن أمية القرشي الأموي والذي في ظنه ليس في طبيعته .
فان قلت : قال أبو داود رواه الترمذي وأيوب عن أبي الزبير «رح» موقوفاً على
جابر «رض» وقد أسند من وجه ضعيف عن أبي ذئب عن أبي الزبير عن جابر «رض» عن
النبي ﷺ قال : « ما أمتئوه وهو حي فكلوه » وما وجدتم ميتاً طافياً فلا تأكلوه .
وقال الترمذي «رح» سألت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث فقال : ليس بمحفوظ
روى عن جابر «رض» خلاف هذا ولا أعرف لابن أبي ذئب عن أبي الزبير شيئاً .
قلت قول البخاري «رح» لا أعرف لابن أبي ذئب عن ابن زبير شيئاً هو على مذهبه

وعن جماعة من الصحابة « رض » مثل مذهبنا

في أنه يشترط لاتصال الاسناد الصفر ثبوت السماع . وقد أنكر مسلم «رح» ذلك إنكاراً شديداً وزعم أنه قول مخترع وأن المتفق عليه انه يكفي الاتصال امكان اللقاء والسماع وابن أبي ذئب أدرك زمان ابن الزبير بلا خلاف وسماعه منه ممكن . فان قلت قال البيهقي «رح» ورواه عبد العزيز بن عبد الله عن وهب بن كيسان عن جابر «رح» مرفوعاً وعبد العزيز ضعيف لا يحتج به .

قلت أخرج الحاكم في المستدرک في أبواب الأحكام حديثاً عنه وصححه سنده . وأخرج حديثه هذا الطحاوي في أحكام القرآن فقال : حدثنا الربيع بن سليمان المرادي بن أشد ابن موسى ، حدثنا اسماعيل بن عياش حدثني عبد العزيز بن عبد الله عن وهب بن كيسان ونعيم بن عبد الله الميموني عن جابر بن عبد الله «رح» عن رسول الله ﷺ قال : « ما جزر البحر وما أبقي فكل وما وجدته طافياً فوق الماء فلا تأكل » . وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ عام خص عنه غير الطافي من السمك بالاتفاق وبالحديث المشهور . والطافي يختلف فيه فبقي داخلاً في عموم الآية .

قوله : « وما نضب » بالنون والضاد المعجمة والباء الموحدة من النضوب وهو ذهاب الماء .

قوله : « ولفظه » أي رماء لأن اللفظ في اللغة الرمي ، يقال لفظت الرمح الدقيق أي رمته ومنه قوله وما طفى أي على وجه الماء .

(وعن جماعة من الصحابة « رض » مثل مذهبنا) أي وروى عن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا ان الطافي لا يحل وقد روى ابن أبي شيبة في مصنفه كراهية الطافي عن جابر بن عبد الله «رح» وعلي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه وابن عباس «رح» . وكذا عن ابن المسيب وأبي الشعثاء والنخعي وطاؤوس والزهرى «رح» . وكذا نقل عبد الرزاق في مصنفه وقال محمد «رح» في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال : كل ما جزر عنه الماء وما قذف به ، ولا تأكل ما طفى . يقال جزر الماء يجرز إذا قل ماؤه والجزر ضد الماء ومادته جيم ثم زاء معجمة فان قلت روى البيهقي من حديث

وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة .

الثوري عن عبد الملك بن أبي بشير عن عكرمة عن ابن عباس قال أشهد على أبي بكر رضي الله تعالى عنه أنه قال : السمك الطافي حلال لمن أراد أكلها . وزاد فيه وكيع عن سفيان : الطافية على الماء . وروي أيضاً من حديث هشام حدثنا قتادة عن جابر بن زيد أن عمر رضي الله تعالى عنه قال الجراد والنون ذكي كله .

وروى غيره أيضاً عن الثوري عن جعفر بن محمد عن أبيه « رح » عن علي رضي الله تعالى عنه قال : الحيتان والجراد ذكي كله .

وروى غيره عن أبان عن ابن عباس عن أنس « رض » أنه عليه السلام قال : « كل ما طفى البحر » قلت قد روى ابن أبي شيبة في مصنفه عن علي بن سهر عن الاخلع عن ابن أبي الهذيل سأل رجل ابن عباس « رض » قال إني آتي البحر فاجده قد جعل سمكاً كثيراً فقال : كل ما لم ير سمكاً طافياً . وروى عبد الرزاق « رح » في مصنفه عن الثوري عن الاصلح عن أبي الهذيل سأل ابن عباس رضي الله تعالى عنها عن أشياء وفي آخره أنه قال لابن عباس : إني قد أجد البحر قد جعل سمكاً قال فلا تأكل ما طافياً منه .

وحديث عمر وعلي رضي الله تعالى عنها لا ينافي حديث جابر . وأما حديث أبان فإنه منكر جداً قال سمعته لأن أبي سبعين زينه أحب إلي أن أروي حديث أبان ابن أبي عياش .

ذكره الرازي « رح » في أحكام القرآن .

(وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة) هذا جواب عما تمسكوا من قولهم أن ميتة البحر موصوفة بالحل . يعني ميتة البحر ما لفظه أي رماء البحر حتى يكون موته مضاف إلى البحر لأنه إذا رماء البحر ومات ، يكون موته بسبب رمي البحر من غير آفة . فان مات حتف أنفه فان موته لا يضاف إلى البحر .

قال ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك
والجراد بلا ذكاة وقال مالك لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ

(قال ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد من غير^(١) ذكاة)
أي قال القدوري « رح » والجريث بكسر الجيم وتشديد الراء بعده آخر الحروف
ساكنة وفي آخره ثاء مثلثة .

قال في كتاب اللغة : هو نوع من السمك . وفي للغاية الجريث الجرى . وقال الكاكي
الجريث بالفارسية مامي باي جوشق .

قلت الجريث السمك السود والمار مامي السمكة التي تكون في صورة الحية ،
ومامي هو السمك وإنما أحل أنواع السمك لمعوم قوله ^{عليه السلام} : « أحلت لنا
ميتتان » الحديث .

وروى محمد في الاصل عن عمر وابن وهب عن عمرة بيان الطبخ قالت : خرجت مع
وليدة لنا فاشترينا جريثا بقفيز حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج رأسها من جانب
وذنبها من جانب آخر ، فمر بنا علي رضي الله تعالى عنه فقال : « بكم أخذت » قالت
فأخبرته . فقال : « إطعمه ما أرخصه وأوسع للعبال » ، فيه دليل على أن الجريث يؤكل
لأنه نوع من السمك فيجعل كسائر الأنواع . وهذا الحديث حجة لنا على بعض الرافضين
وأهل الكتاب فإنهم يكرهون أكل الجريث ويقولون أنه كان ديوفا يدعو الناس إلى
حلبته فمسخ به .

وهو متروك بقول علي رضي الله تعالى عنه كذا . قال خواهر زاده « رح » في شرحه
وروى محمد « رح » أيضاً عن ابن عباس أنه سئل عن الجريث فقال : أما نحن فلا نرى به
بأساً وأما أهل الكتاب فيكرهون . فإذا صح عن علي « رض » وابن عباس « رض » إباحة
الجريث ولم يرد غيرهما خلاف حل ذلك محل الإجماع .

وكذا الجراد حلال سواء مات حتف أنفه أو قتله الآخذ بأن قطع رأسه .
(وقال مالك لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه ويشويه لأنه صيد البر ولهذا

رأسه ويشويه لأنه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به . فلا يحل إلا بالقتل كما في سائرته والحجة عليه ما روينا .
وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال كله كله .

يجب على المحرم (أي ولأجل كونه صيدا يجب على المحرم) بقتله جزاء يليق به (أما كونه صيدا فلا خلاف فيه لأنه متوحش وأما جزاؤه فهو أن يتصدق بما شاء كما في قتل القمل وقد مر في باب الحج .

(فلا يحل إلا بالقتل كما في سائرته) أي إذا كان كذلك فلا يحل إلا بالقتل كما في سائر الصيد حتى قالوا أنه إذا غفل عنه حتى مات حتف أنفه أو جعل الكل في غراره وماتوا فإنه لا يحل . كذا ذكره الشيخ الإمام خواهر زاده « رح » .

وفي شرح كتاب الصيد (والحجة عليه ما روينا) أي على مالك أراد بقوله ما روينا قوله عليه السلام : « أحلت لنا مبتتان » الحديث . ولا يرد علينا كراهة الطافي لأنه مخصوص بالحديث الآخر .

وقال محمد « رح » في الأصل بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه قال : « ذكاة السمك والجراد واحدة » . (وسئل علي رضي الله تعالى عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال : كله كله) .

هذا وذكره محمد في الأصل وقد بلغنا عن علي رضي الله تعالى عنه أنه سئل عن الجراد إلى آخره فدل على حل الجراد مطلقاً سواء مات حتف أنفه أو مات بعة بأن أصابه المطر في الطريق فمات . وفي الكافي ولأن موته لا بد أن يكون بسبب فإنه يجري الأصل يرى المعاش كما قيل أن بيض السمك إذا انحسر عليه الماء يصير جراداً . فإذا مات في البر فقد مات في غير موضع أصله ، وإذا مات في الماء فقد مات في غير موضع معاشه وذلك سبب لموته . وروي أن مريم سألت لحماً حيناً فرزقت الجراد ، وعمر رضي الله تعالى عنه كان معها يأكل الجراد .

وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته ، وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك ، إذا مات من غير آفة لأننا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالأخوذ وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها في كفاية المنتهى . وعند التأمل يقف المبرز

(وهذا) أي قول علي رضي الله تعالى عنه كله ، كله ، (عدت من فصاحته) حيث أجاب بلفظتين متجانستين في اللفظ مختلفتين في المعنى . فان قوله كله ، أمر من أكل ، يأكل ، والضمير فيه يرجع إلى الجراد . وقوله كله ، تأكيد لما بعده ، وهو من ألفاظ التوكيد المعنوي . (ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه) أي على إباحة أكل الجراد وإن مات من غير آفة (بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأننا خصصناه بالنص الوارد في الطافي) وهو حديث جابر رضي الله تعالى عنه ثم : أولاً حديث جابر لم يكن فرق بين السمك والجراد فافهم .

(ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة) كالصدمة وإلقائه الماء على طرف ونحو ذلك (يحل كالأخوذ) هذا أصل في اشتراط الآفة في موت السمك لتصير حلالاً ، وهو أنه إذا مات بآفة يحل كالأخوذ ، أي كالسمك المأخوذ من الماء ، فان أخذه سبب لموته .

إفان قلت : يتوهم فيما ينبذه الماء ما كان طافياً قبل النبذ ، قلت لم يعتبر هذا الوهم منا وإنما يعتبر في غير السمك من الحيوانات فانه إذا توارى عنه الصيد ، ولم يتبع لا يحل لاحتمال انه مات من هوام الأرض . والقياس أن لا يعتبر التوهم في موضع ، وإنما اعتبرناه بالنص في ماء السمك ، ولم يعتبر هنا لأنه قال ما لفظ البحر كله .

(وإن مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل) لعدم الشرط وهو الآفة ، ولهذا قال (كالطافي) لأنه ميت حتف أنفه بغير آفة (وتنسحب عليه) أي يمتد على الأصل المذكور (فروع كثيرة بينها في كفاية المنتهى وعند التأمل يقف عليها) أي على الفروع (المبرز)

منها إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي لأن موته بآفة ،
وما أبين من الحي وإن كان ميتاً فميته حلال ،

بالتشديد ، من برز الرجل ، فإن أصعابه فضلاً أو شجاعة ، وثلاثية من برز الرجل يبرز
بروزاً ، أي ظهر قوله سبحانه وتعالى ﴿ وبرزوا لله جميعاً ﴾ أي ظهوراً .
(منها) أي من الفروع (إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي ، لأن موته
بآفة ، وما أبين من الحي وإن كان ميتاً) يعني في سائر الحيوانات (فميته حلال) أي ميتة
السّمك حلال بخلاف غيره من الحيوانات .

ومنها : وجد في بطنها سمكة أخرى أو قتلها طير الماء ، فلا بأس بأكلها لأن الموت
يحال إلى سبب ظاهر وهو ابتلاع السمك أو قتل الطير .

ومنها : إذا ألقى سمك في جب ماء فمات فيه ، فلا بأس بأكلها ، لأنها ماتت بسبب
ضيق المكان عليها ، فكان موتها بآفة ظاهرة فيحل دمه إذا جمعها في حظيرة لا يستطيع
الخروج منها ، وهو يقدر على أخذها بغير صيد ، لأن الجمع في مكان ضيق سبب لموتها ،
وإن كانت تؤخذ بغير صيد ، فلا خير في أكلها لانعدام سبب ظاهر بحال الموت إليه ،
فكان موتها حتف أنفها ، فلا يحل .

قال القدوري « رح » في شرحه : روى هشام عن محمد « رح » في السمك إذا كانت
بعضها في الماء ، وبعضها على الأرض إن كان رأسها في الأرض ، أكلت لأنه موضع نفسها .
وإذا كان خارجاً من الماء ، فإن الظاهر أنها ماتت بسبب . وإن كان رأسها وأكثرها في
الماء لم تؤكل ، لأنه موضع حياتها ، فبان الظاهر أنها ماتت بغير سبب . وإن كان رأسها
في الماء وأكثرها في الأرض ، أكلت لأنه ليس بموضع حياتها ، فلم أن موتها بسبب .
وقد شنع ابن حزم على محمد « رح » في هذا فقال هذا قول مخالف للقرآن والسنة ،
ولأقوال العلماء ، والقياس والمعقول . قيل في جوابه هذا من غاية تعصبه وثنيه لأن محمداً
قال ذلك بالاستدلال من حديث جابر ووجه ما مر .

وقال الولوالجي « رح » في فتاواه : إذا ماتت السمكة في الشبكة وهو لا يقدر على
التخلص منها أو أكلت شيئاً ألقاه في الماء لتأكله فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس
بأكلها لأنها ماتت بآفة . وفي الفتاوى الصغرى ناقلاً عن الجامع الصغير : إذا وجسد
السمك ميتاً على الماء وبطنه من فوق ، لم يؤكل لأنه طافي . وإن كان ظهره من فوق أكل
لأنه ليس بطاف .

وفي الموت بالحر والبرد روايتان ، والله أعلم بالصواب .

وفي الذخيرة لو وجد سمكة في بطن طائفة يؤكل ، وإن كانت الطافية لا تؤكل . ولو وجد في حوصلة طائر يؤكل عند الشافعي «رح» لا يؤكل لأنه كالرجيع ، والرجيع طائر عنده نجس . قلنا إنما يصير رجيعاً إذا تغير . وفي السمك الصغار التي تقلى من غير أن يشق جوفها ، قال أصحابنا^(١) لا يحل أكله لأن رجيعته نجس . وعندنا^(٢) سائر أجزائه تحل . (وفي الموت بالحر والبرد روايتان) أي في موت السمك بجمرة الماء أو برودته روايتين : إحداهما أنه لا يؤكل لأنه مات بسبب حادث ، فهو كما لو ألقاه الماء على اليبس ، والرواية الأخرى لا يؤكل لأن الحر والبرد صفة من صفات الزمان ، فليست من الموت غالباً . وأطلق القدوري «رح» في شرح مختصر الكرخي الروايتين ولم ينسبها إلى أحد وقال شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» في كتاب الصيد ، وقد ذكره في غير رواية الأصول خلافاً ، وقال على قول أبي حنيفة «رح» لا يحل ، وعلى قول محمد يحل . فكذلك قال في العيون حيث قال : وقال أبو حنيفة إذا قتلها برد الماء أو حره لم يؤكل ، فهو في منزلة الطافي . وقال محمد يؤكل لأنه مات بآفة . فوائد وفي الكافي للحاكم ولا يحل صيد الجوسي ولا ذبيحته إلا فيما يحتاج اليه إلى التذكية من سمكة أو جرادة وبيضة يأخذها ، وما أشبه ذلك ، وكذلك المرتد ، ولا بأس بصيد المسلم بكلب الجوسي المعلم وقاره كما يذبح بسكينه ، ولو ذبح شاة أو بقرة فتحركت بعد الذبح أو خرج منها دم تحل ، وإن لم تتحرك ولم يخرج منها الدم ، لم تحل ، وهنا إذا لم يدرك حياته وقت الذبح ، فإن علم حل . ولو ذبح الموقوذة أو المسفوفة البطن أو المريضة وفيها حياة ، حل في ظاهر المذهب ، بقوله سبحانه وتعالى ﴿إلا ما ذكيت﴾ فيما ذبح ولا يفصل في ظاهر الرواية . وفي المحيط : وعليه الفتوى . وعن أبي حنيفة «رح» إن كان بحال يعيش يوماً لولا الذكاة يحل وإلا لا . وعن أبي يوسف : إذا كان بحال يعيش أكثر اليوم لولا الذكاة ، يحل وإلا لا . وفي المحيط : ذبح شاة وقيل إن كان أكثر رأيه أنها حية أكل وإلا لا . وقيل : إن تحركت أكل خرج الدم أو لا وإن خرج الدم ولم يتحرك لم يؤكل .

(١) أي الأئمة الثلاثة «رح» . (٢) أي عند أبي حنيفة «رح» .

تمّ الجزء العاشر من البناية في شرح الهداية
ويليه الجزء الحادي عشر مبتدئاً بكتاب الأضحية

فهرس الجزء العاشر

صفحة	صفحة
٥٥	٣ ﴿ كتاب الولاء ﴾
أو القتل .	٤ مناقشة حديث إن مولى القوم منهم
٥٠ الخلاف فيما يحمل البيع بعد	٦ لمن يكون الولاء .
الإكراه ، فاسداً ، أو رهناً أو	٩ فيما إذا شرط الممتق أن يكون
بيعاً جائزاً .	العبد سائبة بعد الإعتاق .
٥٢ إن قبض الثمن طوعاً فقد أجاز	١٨ الخلاف فيمن تزوج من المعجم
البيع .	بمعتقة من العرب فوئدت له أولاداً
٥٤ إن ملك المبيع في يد المشتري	لمن ولاء الأولاد .
المكروه ضمن قيمة البيع .	٢٢ لمن يكون النسب إذا كان
٥٦ فصل في حكم الإكراه الواقع في	الأبوان معتقين ؟
حقوق الله .	٣٣ فصل في ولاء الموالاة .
٥٦ في الإكراه على أكل المحرمات	٣٦ مناقشة حديث « سئل رسول
أو شرب الخمر .	الله عن رجل أسلم على يد رجل
٥٩ فيما إذا أكره على الكفر بالله	آخر . . .
تعالى ، وسرد قصة عمار بن ياسر .	٤٣ ﴿ كتاب الإكراه ﴾
٦٦ فيما إذا أكره على إتلاف مال	٤٤ صفة الإكراه .
مسلم بأمر يخاف منه على نفسه .	

- ٧١ في الاكراه على الطلاق أو عتق العبد .
- ٧٢ في الرجوع على الأمر بالمهر أو بقيمة العبد .
- ٧٥ حكم الاكراه في التوكيل بالطلاق والمناق .
- ٧٦ حكم الاكراه في اليمين والظهار والرجعة والايلاء والفيء .
- ٧٨ حكم الاكراه على الزنا .
- ٧٩ حكم بقاء الزوجية فيما إذا أكره على الردة .
- ٨١ في الاكراه على الاسلام حتى حكم باسلامه .
- ٨٢ الحكم فيما إذا صلى للصليب وسب عمداً النبي ﷺ وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي ﷺ .
- ٨٦ ﴿ كتاب الحجر ﴾
- ٨٧ سب الحجر على الصغير والرفيق والمجنون .
- ٨٨ في بيع الثلاثة وشراؤهم .
- ٩٢ في عقود الصبي والمجنون .
- ٩٢ مناقشة حديث « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه » .
- ٩٧ فيما إذا أقر بعد الحرية بمال .
- ١٠٠ (باب الحجر للفساد)
- ١٠١ الخلاف في الحجر على الحر العاقل البالغ السفه .
- ١٠٦ فيما إذا حجر عليه قاض ثم أبطله قاض آخر .
- ١٠٨ في تسليم الغلام البالغ ماله غير رشيد .
- ١١٢ في البيع والشراء قبل حجر القاضي .
- ١١٦ فيما إذا ادعى المحجور عليه ولداً من جاريته .
- ١١٧ في زواج المحجور عليه .
- ١١٨ في إخراج الزكاة من مال السفه .
- ١٢٠ ما يلزم المحجور عليه إذا نذر أو ظاهر أو حلف .
- ١٢٠ في إرادة الحج والعمرة .
- ١٢٣ الخلاف في الحجر على الفاسق .
- ١٢٥ فصل في حد البلوغ
- ١٢٥ ما يكون به البلوغ .
- ١٢٦ الخلاف في عمر البالغ إذا لم يوجد منه إزال أو وطء .
- ١٣٢ (باب الحجر بسبب الدين)
- ١٣٢ الخلاف في الحجر في الدين .
- ١٣٥ في الأخذ من الدائن ماله بغير إذنه لسداد دينه .

١٣٩ هل الأولى سد الدين أو الانفاق

على الزوجة والأولاد من مال

المفلس ؟

١٤٢ ولا يحول بين المفلس وبين غرمائه

بعد خروجه من الحبس ويأخذون

فضل كسبه والخلاف فيه .

١٤٥ الحكم إذا كان الدين للرجل على

المرأة المفلسة .

١٥٠ ﴿ كتاب المأذون ﴾

١٥٠ تعريف الإذن لغة وشرعاً

١٥٤ إذن المولى لعبده بالتجارة

والفبن فيه .

١٥٦ المحاباة في مرض الموت .

١٥٧ هل للمأذون بالتجارة أن يرهن

ويرهن ؟

١٥٧ الخلاف في جواز شركة المنان

للمأذون له .

١٦١ الحكم فيما إذا أذن للعبد في

شيء بعينه .

١٦٣ هل للعبد المأذون له أن يتزوج ؟

١٦٥ ولا يعتق العبد المأذون له

بالتجارة على مال .

١٦٩ في ديون العبد المأذون له .

١٧٣ في تقسيم ثمن العبد بين الغرماء

بالحصص .

١٧٦ في الحجر على العبد المأذون له

بالتجارة .

١٧٩ حكم الحجر فيها إذا ولدت المأذون

لها من مولاها .

١٨٠ فيما إذا استدان المأذون لها

أكثر من قيمتها .

١٨١ في إقرار المأذون له إذا حجر

عليه والخلاف فيه .

١٨٤ الخلاف في إعتاق المأذون له إذا

حجر عليه من دين يحيط برقبته .

١٨٨ في بيع المريض من الوارث بمثل

قيمه .

١٩٣ حكم الدين إذا اعتق المولى العبد

المأذون وعليه ديون .

٢٠٢ فصل في أحكام إذن الصغير

٢٠٢ في إذن ولي الصبي للصبي في

التجارة .

٢٠٥ سبب الحجر في الصغير .

٢١١ ﴿ كتاب الغصب ﴾

٢١١ تعريف الغصب لغة وشرعاً .

٢١٣ في ضمان من غصب مكيلاً أو

موزوناً .

٢١٦ في ضمان من غصب لا مثل له .

٢٢٢ في غصب ما ينقل ويحول .

صفحة	صفحة
٢٨٩ فيما إذا جنت الجارية المنصوبة وهي في يد الفاسب .	٢٢٦ في نقص ما غصب بفعل الفاسب .
٢٩٤ فصل في غصب ما لا يتقوم .	٢٣٣ هلاك العبد المنصوب .
٢٩٤ في إتلاف المسلم خيراً لذمي أو خنزير .	٢٣٥ حكم الربيع فيما إذا اشترى شيئاً رباعه بأكثر من ثمنه .
٢٩٩ إن غصب المسلم من مسلم خيراً فخللها .	٢٣٧ فصل فيما يتغير بفعل الفاسب .
٣٠٢ في إستهلاك الفاسب الخل المنصوب .	٢٤٥ ما يفيد حديث « أطمعوهما الأسارى » .
٣٠٧ في إستهلاك الفاسب الجلد الذي دبقه .	٢٤٨ إن غصب فضة أو ذهباً فضر بها دراهم أو دنانير .
٣١٢ مسألة من كسر لمسلم بربطاً أو طبلًا أو مزماراً أو دفاً والخلاف في ذلك .	٢٥٠ إن غصب ساجة فبنى عليها .
٣١٨ فيمن غصب أم ولد أو مدبرة فهانت في يده .	٢٥٣ في ذبح شاة الغير بغير أمره .
٣٢٠ ﴿ كتاب الشفعة ﴾	٢٥٦ في قطع طرف المملوك .
٣٢٠ تعريف الشفعة لغة .	٢٥٧ مسألة من خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً .
٣٢١ سبب تسميتها شفعة .	٢٥٩ مسألة غصب أرض الغير .
٣٢١ حكم الشفعة .	٢٦٠ مناقشة حديث ليس لعرق ظالم حق
٣٢١ إن ثبت الشفعة ؟	٢٦٤ في صنع الثوب المنصوب .
٣٢٤ مناقشة حديث « جار الدار أحق بالدار » .	٢٦٨ مناقشة مسألة السويق المنصوب إذا قلى .
٣٢٧ مناقشة حديث « الجار أحق بسبقه » .	٢٧١ فصل في مسائل متفرقة تتعلق بالانصب .
	٢٨١ في سمان ولد الظبية المخرجة من الحرم .
	٢٨٧ في الزنى في الجارية المنصوبة .

صفحة	صنعة
٣٨٣ خيار الرؤية في الشفعة .	٣٢٩ الخلاف في شفعة الجوار .
٣٨٥ فصل في الاختلاف .	٣٣٠ مناقشة أحاديث الأحناف في الشفعة .
٣٨٥ اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن .	٣٣٣ دليل الأحناف العقلي .
٣٨٧ خلاف البائع مع المشتري .	٣٦٦ دليل الترتيب في أحقية الشفعة .
٣٨٨ إذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل .	٣٤٠ وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة .
٣٩٢ فصل فيما يؤخذ به المشفوع .	٣٤٦ ولا يكون الرجل بالجدوع على الحائط شفيع شركة .
٣٩٢ فيما إذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن .	٣٤٧ الخلاف فيما إذا اجتمع الشفعاء .
٣٩٣ زيادة البائع للمشتري .	٣٥٢ وجوب الشفعة بمقد البيع .
٣٩٣ كيف تكون الشفعة إذا اشترى داراً بعرض أو بمكيل أو موزون .	٣٥٥ استقرار الشفعة .
٣٩٥ بيع العقار بالعقار .	٣٥٦ تملك الشفعة .
٣٩٥ في البيع بثمن مؤجل والخلاف فيه	٣٥٨ (باب طلب الشفعة والخصومة فيها) .
٤٠٢ فصل مشتمل على مسائل بغير المشفوع .	٣٥٨ أوجه الطلب .
٤٠٢ إذا غير المشتري بغرس أو غيره ثم قضى للشفيع بالشفعة .	٣٥٩ أوجه بطلان الشفعة .
٤٠٤ حكم الغرس والبناء الذي غرسه وبناء المشتري ثم قضى للشفيع .	٣٦٣ الاشهاد في طلب الشفعة عند بلوغ الخبر .
٤١٥ (باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب) .	٣٦٧ سقوط الشفعة بتأخير الطلب .
٤١٥ حكم الشفعة والخلاف فيما لا يقسم	٣٧٣ في عجز الشفيع عن البينة .
٤١٨ الخلاف في شفعة المروض والسفن للشفيع .	٣٧٥ في جواز المنازعة في الشفعة .
	٣٨١ ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم للشفيع .

صفحة	صفحة
٤٨٥ عدم إجبار القاضي الناس على قاسم واحد .	٤١٩ الشفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصه .
٤٨٦ أجرة للقسمه ، والخلاف فيها .	٤٢١ وللمسلم والذمي في الشفعة سواء .
٦١٧ في ادعاء الشركاء داراً وضيعة أنها إراثاً لهم .	٤٢٣ شفعة الدار التي يتزوج الرجل عليها
٤٨٩ فيما إذا ادعى الوارثان داراً أقاما البينة .	٤٣٠ ولا شفعة في هبة .
٤٩٩ فصل فيما يقسم وما لا يقسم	٤٣١ ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع .
٤٩٩ في طلب أحد الشركاء القسمه .	٤٣٥ هل في الشراء الفاسد شفعة ؟
٥٠٣ تقسيم الجنسين بعضها في بعض .	٤٣٩ فيما إذا قسم الشركاء العقار ، هل تكون الشفعة لجارهم ؟
٥٠٤ تقسيم الأولاد .	٤٤٣ (باب ما تبطل به الشفعة)
٥٠٥ تقسيم الثياب .	٤٤٣ البطلان بترك الاشهاد مع الاستطاعة .
٥٠٧ تقسيم الرقيق والجواهر .	٤٤٤ البطلان فيما إذا صالح من شفعته على عوض .
٥١٠ في تقسيم البناء .	٤٤٩ بطلان الشفعة إذا مات الشفيع .
٥١٤ تقسيم الدار والحانوت .	٤٥١ بطلان شفعة الشفيع إذا باع ما يشفع به قبل أن يقضى له .
٥١٦ فصل في كيفية القسمه .	٤٥٩ فصل في الحيل التي تبطل بها الشفعة .
٥١٧ القرعة في القسمه .	٤٦٥ مسائل متفرقة
٥٢١ في إدخال الدراهم والدنانير القسمه	٤٧٨ ﴿ كتاب القسمه ﴾
٥٢٣ في حظوة أحد الشركاء بمسبل أو طريق من دون الآخر .	٤٧٨ شرعية القسمه في الأعيان المشتركة
٥٢٩ الخلاف في تقسيم العلو والسفل إذا وجد واحد منها فقط .	٤٨٣ تنصيب القاضي قاسماً بين الشريكين .
٥٣٩ (باب دعوى الغلط في القسمه والاستحقاق فيها)	
٥٤٠ قبول دعوى الغلط .	

صفحة	صفحة
٥٩٨ امتناع صاحب البذر من العمل بعد عقد المزارعة .	٥٤٤ فصل في بيان الاستحقاق .
٥٩٩ امتناع صاحب الأرض والبذر من قبله .	٥٥٤ فصل في المهايأة
٦٠٠ بطلان المزارعة في موت أحد المتعاقدين .	٥٥٥ حكم المهايأة .
٦٠٢ فسخ المزارعة .	٥٥٨ التهاؤ في العبد الواحد على خدمة هذا يوم وهذا يوم .
٦٠٣ في بيع الأرض بالدين قبل الاستحصاء .	٥٦١ التهاؤ في دارين .
٦٠٧ موت المزارع بعد نبات الزرع .	٥٦٤ لوزادت الغلة في فوبة أحد الشريكين .
٦٠٩ في الشروط الفاسدة .	٥٧٠ ﴿ كتاب المزارعة ﴾
٦١٣ ﴿ كتاب المساقاة ﴾	٥٧٠ بطلان المزارعة بالثلث والرابع .
٦١٣ الخلاف في جواز المساقاة بحزم من الثمر .	٥٧١ تعريف المزارعة لغة وشرعاً .
٦١٤ أركان المساقاة .	٥٧٢ حكم المزارعة .
٦١٦ الشروط في المساقاة	٥٧٩ شروط المزارعة .
٦٢١ جواز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرتاب ...	٥٨٢ أوجه المزارعة عند أبي يوسف ومحمد
٦٢٣ المساقاة في النخل الذي عليه ثمر .	٥٨٧ وجهان آخران ذكرهما المصنف .
٦٢٤ فساد المساقاة .	٥٨٨ شروط صحة المزارعة .
٦٢٥ بطلان المساقاة .	٥٩٣ فيما إذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط .
٦٢٨ فسخ المزارعة .	٥٩٤ في حال الفساد فالخارج لصاحب البذر .
٦٣٢ (كتاب الذبائح)	
٦٩١ فصل فيما يحل أكله وما لا يحل	